Manuel Atienza

Introducción al Derecho

BARCANOVA
TEMAS UNIVERSITARIOS

María

El objetivo fundamental de esta obra es presentar una introducción amplia al Derecho y a los saberes jurídicos que permita al lector darse cuenta del carácter complejo y multiforme de lo jurídico. El esquema seguido para ello es, sin embargo, bastante simple. Los tres primeros capítulos se agrupan en torno a la pregunta ¿qué es el Derecho?, y pretenden ofrecer tres respuestas distintas según se adopte una perspectiva estructural (¿cómo está estructurado el Derecho?, ¿cuáles son los elementos que lo integran?), funcional (¿para qué sirve?, ¿qué funciones cumple en la sociedad?) o valorativa (¿cómo debería ser el Derecho?, ¿cuándo un Derecho es justo?). Los dos últimos capítulos buscan su unidad en torno a la pregunta ¿qué es la ciencia del Derecho?; la respuesta varía en este caso según se tome en consideración el saber jurídico tradicional (¿qué tipo de actividad intelectual es la dogmática jurídica?, ¿tiene o no carácter científico?) o bien se amplíe la perspectiva para incluir otras disciplinas como la sociología del Derecho, la lógica jurídica, la informática jurídica o la filosofía del Derecho (¿cuál es la situación actual de todos estos saberes jurídicos?, ¿qué relación guardan entre sí y con la dogmática jurídica?).

La adopción de esta perspectiva general tiene que ver, finalmente, con la intención del autor del libro de dirigirse a un público amplio. Por un lado, pretende ofrecer una serie de materiales para usar en un curso de Introducción al Derecho que sustituya el anacrónico "Derecho natural" que aún sigue figurando en los planes de estudio de las facultades de Derecho españolas. Por otro lado, desearía contribuir a facilitar un mayor intercambio y conocimiento mutuo entre los juristas y los filósofos y científicos sociales.

ÍNDICE

Prólogo, por Elías Díaz IX

Nota preliminar 1

1. El concepto de Derecho 5
1.1. El problema de la definición de Derecho . . . 5
1.2. Cuestiones de ambigüedad 11
1.3. Problemas de vaguedad 13
1.4. Derecho y normas 17
1.5. Derecho y Estado. Derecho y poder 32
1.6. Derecho e ideología 37
1.7. Iusnaturalismo y positivismo jurídico 41
1.8. Estructura, función y justificación del Derecho . . 47
Bibliografía 48

2. Las funciones del Derecho 53
2.1. Importancia del análisis funcional del Derecho . . 53
2.2. ¿Qué significa análisis funcional del Derecho? . . 58
2.3. El Derecho como sistema de control social . . . 61
2.4. Funcionalismo y funciones sociales del Derecho . . 69
2.5. Los efectos sociales de las normas 72
2.6. Conflictualismo y funciones sociales del Derecho . . 74
2.7. Derecho y cambio social 77
Bibliografía 87

3. Los valores jurídicos 91
3.1. Valores jurídicos y justicia 91
3.2. Justicia e igualdad 101
3.3. Justicia y libertad 108
3.4. Justicia y seguridad 115
3.5. La concepción iusnaturalista de la justicia . . . 119
3.6. La concepción de la justicia de Kant 124

3.7. La concepción utilitarista de la justicia 129
3.8. La concepción historicista de la justicia 135
3.9. La concepción analítica de la justicia 150
3.10. La concepción de la justicia de J. Rawls 158
3.11. Derechos humanos. Estado de Derecho y democracia 165
Bibliografía 178

4. La ciencia del Derecho 185
4.1. Origen y desarrollo histórico de la jurisprudencia europea. 185
4.2. La ciencia jurídica moderna 196
4.3. Ciencia y teoría de la ciencia 218
4.4. La teoría de la ciencia jurídica de Kelsen 232
4.5. La concepción de la ciencia jurídica en el realismo jurídico. A. Ross 240
4.6. La concepción de la ciencia jurídica de Hart . . . 248
4.7. La concepción de la ciencia jurídica de Bobbio . . 252
4.8. Marxismo y ciencia del Derecho 257
4.9. ¿Es la jurisprudencia un saber científico? . . . 274
Bibliografía 283

5. La situación actual de los saberes jurídicos 289
5.1. Ciencia del Derecho y saberes jurídicos 289
5.2. La sociología del Derecho 296
5.3. La lógica jurídica 304
5.4. La informática jurídica 347
5.5. La filosofía del Derecho 365
Bibliografía 372

PRÓLOGO

Éste es el libro —el tipo de libro— que en mis lejanos tiempos de estudiante me habría gustado tener en un primer curso de Derecho, suerte accesible —y que envidio— a los actuales alumnos: no todo, como se ve, es malo y negativo hoy en nuestra Universidad. Si me habría gustado estudiar este libro, es fácil imaginar lo que me hubiera gustado escribirlo. Me conformaré, sin embargo, con hacer el prólogo (gracias a la amable solicitud de Manuel Atienza) y con alegrarme profundamente —pero, otra vez, no sin envidia —de que el autor sea un viejo, pero joven, discípulo, colaborador y querido amigo, ya inminente catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante.

Me consuelo también, e intento con ello algún tipo de autojustificación, pensando que libros como éste tal vez no hubieran sido posibles si, hace años, otros no hubieran o no hubiéramos hecho lo que hicimos: fundamentalmente, oponernos con la crítica (con las «armas de la crítica», dirán todavía los más entusiastas, si es que aún queda alguno) al monolitismo doctrinal entonces imperante, propugnando libertad, ciencia y pluralidad frente al iusnaturalismo teocrático impuesto por el poder y más o menos vergonzantemente asumido —no nos engañemos— por los juristas tecnócratas y los iusfilósofos integristas de entonces. Manuel Atienza tuvo tiempo de vivir, y de sufrir, algunos de los últimos coletazos de aquella represiva situación; por eso —junto a otros— es un buen nexo de unión, él y su libro, entre dos generaciones, la del franquismo desde la oposición y la de la transición en crítica participación.

¡Las viejas historias!, replicarán con gesto de disgusto y desdén las diferentes especies de los actuales olvidadizos. Pero en relación con toda esta circunstancia histórica de nuestro país y asimismo en concreto dentro de ella, en relación con la filosofía del Derecho, me parece que dos actitudes han de quedar perfectamente claras como expresión de lo que a toda costa debe tender a superarse: *a*) por un lado, es verdad, la de pasarse ahora otros cuarenta años hablando

de los famosos «cuarenta años», permaneciendo atados y bien atados a los problemas, cuestiones y querellas de entonces; pero por otro lado y con no menos fuerza, *b*) la del «adanismo democrático» que confunde, en algunos casos interesadamente, reconciliación y paz con ignorancia o trivialización del pasado y con un total ahistoricismo: aquí no ha pasado nada (al menos nada que valga la pena) y nada hay que estudiar ni conocer. El libro de Manuel Atienza no es, en modo alguno, «españolista» —su documentación y bibliografía es, como debe ser, universal y muy selectiva—, pero sus presupuestos, finalidades y motivaciones tampoco son ucrónicos ni ahistóricos, sino que tienen muy en cuenta, hasta en los aspectos que parecen más técnicos y científicos, los condicionantes hispánicos de todos estos últimos tiempos.

Desde otro punto de vista menos trascendente pero asimismo importante —el de la actual reorganización de los planes de estudio en las Facultades jurídicas— es también históricamente relevante y muy oportuna la aparición de esta *Introducción al Derecho* de Manuel Atienza: prueba, a mi parecer, la necesidad, la absoluta necesidad, de que materiales y perspectivas de este carácter, u otros similares cercanos a este mismo contenido, sean acogidos como base —en un primer curso de la licenciatura y con ese u otro rótulo— para la buena formación de los futuros juristas y hombres de leyes que han de trabajar, ya de cara al siglo XXI, en los aparatos e instituciones jurídico-políticas de un Estado democrático y en el marco, conflictivo, de una sociedad civil que impulse a aquél en un constante proceso de abierta y crítica homogeneización. Existe el riesgo en nuestras Facultades de que el merecido desmantelamiento del «Derecho natural» —incluso propiciado, para obtener ventajas, por algunos de sus viejos entusiastas adoradores o de sus silenciosos explotadores— quiera ser aprovechado para aislar y aculturalizar aún más de lo que ya están los estudios jurídicos, produciendo única y exclusivamente técnicos y juristas para el mercado (aunque sea ahora para el Mercado Común). Las críticas, en este sentido, que Manuel Atienza hace de la Dogmática jurídica, negando su carácter científico pero afirmando su carácter técnico, e incluso tecnológico; la justa importancia dada por él a otros nuevos, o no tan nuevos, «saberes jurídicos» (informática, lógica, sociología, etc., del Derecho), y su implacable e inobjetable defensa de la filosofía jurídica, es indudable que introducen perspectivas polémicas que no pueden ni deben ocultarse sin dejar definitivamente anticuados y enclaustrados a los estudiantes de nuestras facultades de Derecho, siendo así que de tales cuestiones no se ocupan, ni tienen en rigor por qué ocuparse, otras «asignaturas» que —con plena justificación— se dedican más a la exégesis y al buen entendimiento del estricto Derecho positivo.

Podría discutirse, dentro de esa óptica, si todos los temas que el profesor Atienza incluye en su *Introducción* pertenecen propiamente a ésta (pensando en estudiantes que inician sus estudios), o si —como yo también creo— algunos de ellos, como por lo demás él mismo reconoce en el último epígrafe de su libro, serían más bien estudios de filosofía del Derecho a cursar, por lo tanto, más bien en los años finales de la licenciatura. Yo haría para el primer curso una menos filosófica, menos problemática, *Introducción al Derecho* o una *Teoría de las* (en plural) *ciencias jurídicas*, con mucho de lo que aquél incluye en su libro pero también con cosas que tradicionalmente se apropia la «Teoría general del Derecho», para después, sobre ese material pero preferiblemente en quinto curso, poder hacer ya propiamente una *Filosofía del Derecho*, como puesta en cuestión desde esa perspectiva de lo allí, y en las otras «disciplinas», analizado y también críticamente asumido.

Estas observaciones de contenido —de coherencia académica, más bien— a la *Introducción* de Atienza llevan, sin embargo, como contrapartida, al reconocimiento explícito de que se trata, en consecuencia, de una obra útil, tanto para los estudiantes que se inician en esa materia propiamente dicha, y desde ahí en el conjunto de las ciencias jurídicas, como para los que al final de los estudios se meten en las irremediables profundidades, que son y deben ser complejas pero no ineludiblemente oscuras ni abstrusas, de la *Filosofía del Derecho*. Sería, pues, un libro de buen uso para todos los estudiantes de dicha Facultad pero también para los de filosofía «pura» y de las otras ciencias sociales. Estimo que un debate interdisciplinario como el que propicia y posibilita este texto habrá de resultar para todos enormemente fructífero: a los de filosofía y letras, ética y ciencias sociales, les hará abandonar definitivamente, y de una vez por todas, su por lo general apergaminado, enmohecido y reglamentista concepto del Derecho; a los juristas les ayudará en su, también para siempre, necesaria liberación del voto de clausura dogmático-normativo y del tradicional desprecio hacia todo lo que no esté en la ley o en la jurisprudencia, abriéndoles nuevos horizontes de comunicación del Derecho con la total realidad social, económica, cultural e histórica.

¡Ah!, lo olvidaba: incluso a los de ciencias (no sé ya como llamarlas) naturales, experimentales, a los que han sido siempre de «ciencias» por antonomasia, pienso que también les vendría muy bien la lectura de un libro como éste. El nuestro es, con frecuencia, un país paranoico y extremoso (los otros países también): de una situación en la que —no hace tantos años, pues todavía viven muchos de sus protagonistas— a un, como símbolo, Arturo Duperier, físico ilustre retornado de Inglaterra, se le relegaba real y oficialmente al olvido, negándosele incluso los medios más elementales para

seguir trabajando aquí, podemos estar hoy pasando, no a una adecuada potenciación y certera orientación no cientificista de tales investigaciones, objetivo absolutamente necesario, sino —en su nombre— a un insulso, oportunista e injusto desprecio de las pobres «humanidades» (y de las ciencias sociales), arrojado, el tal desprecio, con apresurada soberbia por pasajeros indocumentados, no por los verdaderos científicos, desde el nuevo rico «tren de la tecnología» en el que hay que estar, desde luego, pero sabiendo muy bien adónde conduce y adónde, a pesar de todo, nosotros queremos ir. No se olvide que las matemáticas no mienten pero sirven para mentir.

Por desgracia, es imposible para uno solo saberlo todo; lo que, sin embargo y por fortuna, no resulta imposible es comprender que es mucho lo que nos falta por saber, lo que ignoramos a todos los niveles, y que el trabajo de todos es necesario y que debe darse en constante colaboración y en siempre abierta comunicación. Estoy casi seguro —no quiero ser por entero dogmático, pues también es muy sabia y orgullosa esta última generación de iusfilósofos hispánicos— de que, por su parte, esas propuestas coinciden en muy amplia medida con las motivaciones de fondo y las «virtudes» intelectuales que guían e inspiran toda la labor de Manuel Atienza —miembro preeminente de esa generación— y, por tanto, también éste, por el momento, su último e importante libro.

Elías Díaz

NOTA PRELIMINAR

El objetivo fundamental de esta obra es presentar una introducción amplia al Derecho y a los saberes jurídicos que permita al lector comprobar el carácter complejo y multiforme de lo jurídico. El esquema seguido para ello es, sin embargo, bastante simple. Los tres primeros capítulos se agrupan en torno a la pregunta ¿qué es el Derecho? y pretenden ofrecer tres respuestas distintas según se adopte una perspectiva estructural (¿cómo está estructurado el Derecho?, ¿cuáles son los elementos que lo integran?), funcional (¿para qué sirve?, ¿qué funciones cumple en la sociedad?) o valorativa (¿cómo debería ser el Derecho?, ¿cuándo un Derecho es justo?). Los dos últimos capítulos buscan su unidad en torno a la pregunta ¿qué es la ciencia del Derecho?; la respuesta varía en este caso según se tome en consideración el saber jurídico tradicional (¿qué tipo de actividad intelectual es la dogmática jurídica?, ¿tiene o no carácter científico?) o bien se amplíe la perspectiva para incluir otras disciplinas como la sociología del Derecho, la informática jurídica o la filosofía del Derecho (¿cuál es la situación actual de todos estos saberes jurídicos?, ¿qué relación guardan entre sí y con la dogmática jurídica?).

La adopción de esta perspectiva general tiene que ver con la intención del autor de dirigirse a un público amplio. Por un lado, pretende ofrecer una serie de materiales para usar en un curso de Introducción al Derecho que sustituya al anacrónico Derecho Natural que aún sigue figurando en los planes de estudio de las facultades de Derecho españolas. Por otro lado, desearía contribuir a facilitar un mayor intercambio y conocimiento mutuo entre los juristas y los filósofos y científicos sociales. Dadas las características de la obra, se ha prescindido del aparato de notas a pie de página que suele acompañar —y a menu-

do lastrar— a los trabajos académicos. Sólo se ha incluido, después de cada capítulo, un apéndice bibliográfico relativamente breve y que permitirá identificar las obras de los autores citados o tenidos en cuenta en el texto. Las anotaciones marginales están puestas con vistas a ayudar a los estudiantes de Derecho —parte del público a que se dirige la obra— a comprender y sistematizar un texto que de otra manera podría resultarles excesivamente arduo.

Josep Aguiló, Javier Boix, Albert Calsamiglia, Isabel Espejo, Elías Díaz, Ernesto Garzón Valdés, Francisco López Ruiz, Javier Lucas, Gregorio Peces-Barba, Juan Ruiz Manero y Tomás Vices han leído el texto o parte del texto mecanografiado y me han hecho observaciones valiosas que he tenido muy en cuenta y por las que les quedo muy agradecido. Con tres de ellos tengo, sin embargo, una deuda especial de gratitud. El apartado 10 del capítulo tercero, *La concepción de la justicia de J. Rawls*, es una generosa donación de Ernesto Garzón Valdés, de un trabajo inédito suyo, que yo he retocado para adaptar a las necesidades de un libro de introducción al Derecho. El apartado 8 del capítulo cuarto, *Marxismo y ciencia del Derecho*, es una síntesis de un artículo que escribí conjuntamente con Juan Ruiz Manero quien, por otro lado, me ha hecho numerosas y atinadas sugerencias, como es costumbre en él. Y Elías Díaz es, además de autor del prólogo, responsable —en el sentido débil de la expresión— de que haya escrito este libro. Evidentemente, ninguno de los tres es —ahora en un sentido fuerte— responsable de los errores e inexactitudes que seguramente quepa encontrar en él. Finalmente, deseo agradecer su trabajo al anónimo corrector de estilo de la Editorial que ha contribuido decisivamente (¿o quizá sea mejor escribir «de manera decisiva»?) a la mejora del texto.

Alicante, mayo de 1985

1. EL CONCEPTO DE DERECHO

1.1. El problema de la definición de Derecho

En la *Crítica de la razón pura*, Kant ironizaba a propósito de los juristas que todavía estaban buscando una definición del concepto de Derecho; hoy, un par de siglos después, no puede decirse que la hayan encontrado. Por su parte, Flaubert, en su *Diccionario de los lugares comunes*, definía «Derecho» de esta original manera: «No se sabe qué es». Y, más recientemente, H. Hart (1963), uno de los teóricos del Derecho más importantes del siglo, dedicó todo un libro a esclarecer el concepto de Derecho, aunque estaba convencido de que tal concepto era demasiado complejo para poder ser encerrado en una cláusula definitoria. Señalar el carácter abierto e incluso insólitamente complejo de la pregunta «¿qué es el Derecho?» es un tópico que aparece en casi todos los libros que tratan del Derecho desde un punto de vista general. En su calidad de «problema sin solución», la respuesta a ese interrogante suele atribuirse a la filosofía del Derecho. Sin embargo, puede decirse que existen dos tradiciones distintas a propósito de la definición de Derecho: la de quienes piensan que no es posible una definición como tal, o bien que —aunque posible— no es en sí una actividad interesante; y la de quienes consideran que esta operación no sólo es posible, sino también sumamente importante. Ambas posturas descansan, entre otras cosas, en concepciones distintas de lo que significa definir.

¿Puede definirse el Derecho?

Pero esto quiere decir que no sólo se plantean problemas para definir lo que sea Derecho, sino también para definir lo que sea definición. De modo que, si sobre la primera cuestión se han

La definición de definición.

escrito bibliotecas enteras, a la segunda se le ha dedicado también considerable cantidad de páginas. Así, pues, la empresa de definir Derecho parece haber adquirido caracteres de desesperación.

Afortunadamente, es posible encontrar una salida airosa a la anterior situación (y, de paso, una razón para seguir escribiendo) si se examina la obra de eminentes filósofos de la ciencia, como M. Bunge, quien, con muy buenas razones, considera que es una idea «anacrónica» e «insostenible», entre otras cosas, pensar que los conceptos científicos deben definirse desde el primer momento. Según Bunge, resulta absurdo pensar que, en la ciencia, una investigación no puede empezarse antes de tener definido su objeto, entre otras cosas porque muchas veces se parte de conceptos vagos que se dilucidan gradualmente a través de la investigación misma. Naturalmente, el objeto de la investigación tiene que identificarse desde el comienzo, pero esto puede hacerse sin necesidad de definir (que es una operación técnica especial de la que luego nos ocuparemos), sino, por ejemplo, con ayuda de descripciones o de alguna otra forma.

Un punto de partida.

Y lo anterior puede aplicarse perfectamente a nuestra investigación sobre lo que sea el Derecho. No empezaremos por definir lo que es el Derecho (ni siquiera por definir lo que sea definición, que dejaremos para un poco más adelante), sino por apelar a las distintas experiencias y nociones que cualquiera que lea estas páginas tiene a propósito del Derecho. No cabe duda de que todo lector entiende frases en las que se emplea el término «Derecho» (por ejemplo, las anteriores), tiene conciencia de estar implicado en diversas relaciones jurídicas (cada vez que compra algo, que efectúa una reclamación a la Administración, que paga una multa de tráfico) y probablemente tenga incluso ciertas ideas sobre cómo debería ser el Derecho (a lo mejor, la idea de que el Derecho no debería ser de ninguna manera, es decir, que no debería existir —aunque, en este último caso, no es probable que se haya decidido a estudiar Derecho y, por tanto, a leer estas páginas). A partir, pues, de estas diversas experiencias e ideas, lo que trataremos de hacer es suministrar algunos instrumentos teóricos que nos permitan acceder a una interpretación más profunda de las mismas. De esta manera, nuestras nociones vulgares sobre lo que sea el Derecho resultarán bastante más complejas de lo que podría pensarse en un primer momento (pero es de esperar que no mucho más confusas).

Términos, conceptos y objetos.

Designación y referencia.

Ante todo, es importante distinguir entre el término «Derecho», el concepto «Derecho», y el objeto Derecho. En general, puede afirmarse que los términos (aunque no todos) *designan* conceptos que pueden tener o no tener una *referencia* empírica u objetiva. Así, hay términos sin designación, como los artículos, las preposiciones —términos sincategoremáticos, es decir, que sólo tienen sentido en combinación con otros términos— y otras palabras sin significado o al menos que no lo tienen para nosotros, pues el significado depende siempre del contexto: «*right*» es un término no significativo para un castellanohablante que no sepa inglés, pero significativo en otro caso. Hay términos que designan conceptos que no tienen referencia empírica u objetiva, pues son conceptos *formales*; tal es el caso de la mayor parte de los de la lógica o la matemática: por ejemplo, el concepto de «implicación» o —como veremos más adelante— el de «deber ser» en la teoría de Kelsen. Términos que designan conceptos que hacen referencia a la experiencia: «dolor», «sentimiento de justicia». Términos que designan conceptos que no hacen referencia a la experiencia, pero sí a hechos objetivos o a los que se atribuye realidad objetiva. En física, por ejemplo, términos como «electrón» o «partícula libre» se supone que hacen referencia a algo objetivo, aunque sea imposible —o, al menos, lo ha sido hasta ahora— tener experiencias al respecto. En el campo del Derecho no parecen existir conceptos semejantes. O, mejor dicho, los conceptos que se han formulado con este propósito (por ejemplo, el de «espíritu del pueblo» en los autores de la escuela histórica) resultan ser simplemente metafísicos: no se basan en realidades objetivas, sino en ilusiones (subjetivas). Finalmente, existen términos que designan conceptos y que tienen referencia tanto empírica como objetiva. Es el caso de la mayor parte de los conceptos jurídicos: «juez», «negocio jurídico», «norma jurídica» o incluso «Derecho». «Juez», por ejemplo, designa un concepto que, desde luego, tiene referencia empírica (a los jueces podemos verles, hablar con ellos, etc.), pero también objetiva, en el sentido de que no se agotan en la experiencia (como ocurre con «sentimiento de justicia»): los jueces acostumbran a *durar* después de nuestro trato experiencial con ellos; los sentimientos de justicia (o los dolores de muelas) no.

Designación y referencia de «Derecho».

En resumen, podemos decir que el significado de las expresiones lo constituye la *designación* y *referencia* de las mismas.

Y que términos como «Derecho» son plenamente significativos, y lo son incluso pluralmente. El término «Derecho» designa, en efecto, un concepto (o mejor, como luego veremos, diversos conceptos) que tiene referencia empírica, como lo prueba el hecho de que podamos hablar, y en muchos sentidos, de experiencias jurídicas. Pero tiene también una cierta dimensión de objetividad, en cuanto que el Derecho —o, si se quiere, los Derechos— es una realidad compleja que incluye normas, instituciones, comportamientos, etcétera, y que, en cierta medida, es independiente o va más allá de las experiencias individuales o colectivas de los individuos. Ello no implica, por cierto, hundirse en ninguna sima metafísica sino, tan sólo, admitir que empleamos la expresión «Derecho» para referirnos a algo más que a una abstracción o al conjunto de comportamientos y sentimientos que experimentan determinados sujetos. El Derecho, en cuanto fenómeno social e histórico, es, evidentemente, una obra humana, pero que, en un cierto sentido, adquiere vida propia. Basta pensar, por ejemplo, que el significado de una norma jurídica no se agota en el sentido subjetivo que tuvo en sus creadores, sino que llega a adquirir un significado objetivo, independientemente de lo que «quiso» el legislador; o bien en el hecho de que si el Derecho moderno consta en esencia de normas generales y abstractas, no es porque nadie lo haya querido así, sino como consecuencia del tipo de relaciones sociales generadas por el sistema burgués que el Derecho debe regular (Marx). Descargándola de su carga metafísica —si esto fuera posible—, se podría emplear una expresión de Hegel y afirmar que el Derecho es, además de otras cosas, un momento del espíritu objetivo.

Definiciones reales, conceptuales y nominales.

La distinción entre un nivel lingüístico, un nivel conceptual y un nivel objetivo o real sirve, entre otras cosas, para entender mejor lo que sea definir. Según algunas concepciones (la teoría aristotélica y, más o menos implícitamente, la manera de entender las definiciones por la mayor parte de los juristas) lo que se define es un objeto, un ente; se habla, en consecuencia, de *definiciones reales*. Para otros, lo que se define no es un objeto, sino un concepto; las definiciones serán *conceptuales* entonces. Finalmente, según una tercera concepción, lo que se define no es un objeto ni un concepto, sino un término, un nombre; las definiciones, en este caso, serán *nominales*. Así, según esta tercera concepción (sentido *técnico* de definición), la definición es un hecho lingüístico, una correspondencia signo-signo. Pero sobre esto hay que efectuar un par de observaciones.

Definición en sentido técnico.

La primera es que estas tres concepciones se suelen reducir generalmente a dos, y de ahí que se contrapongan las definiciones nominales a las definiciones reales. Lo que desaparece, en consecuencia, es la categoría intermedia de las definiciones conceptuales, lo cual se debe: 1) a que los conceptos se reducen a veces a cosas (a objetos ideales) o bien a nombres, a palabras, y 2) a que lo que suele interesarnos definir son palabras que designan conceptos y en cuanto que designan conceptos, y de ahí que las llamadas definiciones «nominales» sean tanto definiciones nominales en sentido estricto como definiciones conceptuales. Tendremos una definición nominal en sentido estricto, por ejemplo, si tomamos los signos desde una perspectiva puramente sintáctica, es decir, sin atender a sus posibles significados. Así ocurre en los cálculos no interpretados de la lógica: la definición «Op=df Pp∧—P—p» indica meramente que la expresión que aparece a la izquierda del símbolo «=df» se puede sustituir por la que aparece a la derecha; es decir, sirve para establecer una regla sintáctica. Pero si nos interesan también los significados y atribuimos una interpretación a la fórmula (por ejemplo: la obligación de efectuar una conducta cualquiera, p, es igual por definición a la conjunción de la permisión de efectuar tal conducta y la no permisión de efectuar la conducta contraria), estamos estableciendo también una regla semántica, una regla que nos permite establecer una correspondencia en cuanto a los significados (a nivel conceptual).

Definición sintáctica.

Definición semántica.

La segunda observación es que hablar de definiciones a propósito de las definiciones «reales» parece impropio, pues las definiciones son siempre relativas a un lenguaje, de manera que, como mucho, podrán existir definiciones de conceptos, pero nunca de cosas, de realidades. Las llamadas (mal llamadas, por cierto) «definiciones reales» integran una categoría heterogénea y poco clara. Naturalmente, con ello no se trata de negar la posibilidad de establecer correspondencias signo-hecho; lo que se niega es la conveniencia de denominarlas también «definiciones». Bunge, por ejemplo, habla para estos casos de *refericiones*. Un tipo de referición es, por ejemplo, la llamada «definición ostensiva», consistente en nombrar una expresión y señalar su referencia. Lamentablemente, esta técnica no sirve para determinar la referencia de palabras de clase, como «juez» (que se refiere a un número indeterminado de seres) y mucho menos de expresiones como «Derecho» que se refiere a clases —sumamente heterogéneas— de objetos y experiencias; pero podría servir

Definiciones y refericiones.

Definición ostensiva.

para referirse a los nombres propios (es decir, a palabras cuya referencia es un único objeto del mundo). Cabe pensar, por ejemplo, en dar una definición ostensiva de «el juez Antonio Gil», pero no de «juez» que se refiere a todos los que son, han sido y serán jueces.

Entendemos, pues, la definición como una operación por la que se introduce en el discurso un nuevo término y en ocasiones (no siempre) también un nuevo concepto. En particular, se introduce un nuevo concepto cuando no nos situamos en el plano de las definiciones estrictamente nominales o sintácticas y cuando no tratamos, como luego se verá, de establecer una sinonimia estricta. Si nos interesamos, como es nuestro caso, por los términos que tienen significado y en cuanto que lo tienen, la definición es una manera —no la única— de establecer o especificar significados: al término a definir *(definiendum)* se le arrima la significación (o parte de la significación) del término definiente *(definiens)*. Por ejemplo, si se define «Derecho» como «conjunto de normas coactivas», lo que se establece es que la expresión «Derecho» *(definiendum)* es equivalente a «conjunto de normas coactivas» *(definiens)*. El significado de «Derecho» puede aclararse si está claro el significado de los términos «conjunto de normas» y «coactivas». Si los signos definientes carecieran de significado, lo que existiría sería más bien una pseudodefinición (lo que pudiera ser el caso de alguna celebrada definición de Derecho). Si el significado de los términos del *definiens*, aun existiendo, no está nada claro (y éste podría ser el caso de «conjunto de normas coactivas»), la definición puede resultar poco útil.

Definiendum y definiens.

Antes habíamos descartado del campo de las definiciones a las definiciones «reales» y habíamos aceptado una concepción nominalista-conceptualista de la definición. Es importante aclarar ahora que, entendidas de esta forma, las definiciones no lo son nunca de esencias. Dicho de otra manera, las definiciones son convencionales (en este punto, naturalmente, discreparían los partidarios de las definiciones reales), lo cual quiere decir:

Las definiciones son convencionales.

— que la relación entre las palabras y sus significados (entre significante y significado) no tiene carácter necesario, esencial: una misma palabra puede tener más de un significado; un mismo significado puede expresarse mediante expresiones distintas; los significados de las palabras varían históricamente, según el contexto, etc.;

— que las definiciones, en cuanto reglas que establecen cómo usar sintáctica y semánticamente las expresiones, no pueden calificarse de verdaderas o falsas (con la excepción, si se quiere, de lo que luego llamaremos «definición lexicográfica»): no hay ninguna cosa ni esencia alguna que deba reflejar una definición; en principio a una palabra se le puede atribuir el significado que se desee (y si no se hace así es por razones pragmáticas, de conveniencia);

— que un mismo término (aun aceptando que se usa con el mismo significado) puede definirse de distintas maneras. Por ejemplo, antes habíamos visto cómo se podía definir la obligación en términos de permisión; pero también podría hacerse a partir del término (o el concepto) «prohibición»: la obligación de efectuar una determinada conducta es igual, por definición, a la prohibición de no efectuar la conducta contraria (en símbolos: Op=df Ph—p). Ello depende de si consideramos como término primitivo (que se deja sin definir) la permisión (P) o la prohibición (Ph).

Las definiciones no son arbitrarias.

Ahora bien, del hecho de que las definiciones sean convencionales no debe deducirse que sean también arbitrarias. No lo son, en cuanto que cabe establecer ciertos requisitos metodológicos que debe cumplir una definición, como los siguientes:

1) El *definiendum* y el *definiens* deben, desde luego, poder intercambiarse; deben ser términos equivalentes: siempre que usamos la expresión «Derecho» (en el contexto de la teoría kelseniana) debemos poder sustituirla por «conjunto de normas coactivas», y viceversa. Pero ello no quiere decir que *definiens* y *definiendum* deban tener siempre, exactamente, la misma significación, pues en tal caso las definiciones serían poco útiles (no nos servirían para introducir nuevos conceptos). Dicho en términos más precisos y que en seguida aclararemos: los conceptos designados por los términos del *definiens* y del *definiendum* deben tener la misma *extensión*, pero no necesariamente la misma *intensión*. Por ejemplo, cuando Kelsen identificó el Derecho con el Estado y definió «Estado» como «orden jurídico» lo que quiso decir (y éste es también el sentido de la «eliminabilidad» de los otros «dualismos jurídicos»: derecho objetivo/derecho subjetivo, etc.) es que «Derecho» y «Estado» tienen como *referencia* un mismo tipo de fenómenos, pero no que tienen el mismo *sentido*. En otro caso, habría que concluir

Referencia y sentido.

que sobra el concepto de «Estado» (o el de «derecho subjetivo») lo que no parece haber sido el caso de Kelsen, que dedicó un esfuerzo considerable a aclararlos.

2) Las definiciones (y, concretamente, la definición de «Derecho») deben tratar de restringir la ambigüedad y vaguedad de los términos, como luego veremos. Para ello, el *definiens* debe ser, en algún sentido, más claro que el *definiendum*. Si definimos «Derecho» como «conjunto de normas coactivas» ha de ser porque, de alguna forma, los conceptos de «norma» y de «coacción» nos facilitan el análisis, son menos complejos que el concepto «Derecho».

Definiciones lexicográficas, estipulativas y redefiniciones.

3) Las definiciones deben ser útiles, fecundas. Por ejemplo, una definición útil de «Derecho» podría ser aquella que esté de acuerdo con el uso que suele hacerse de este término (lo que se denomina una *definición lexicográfica*). Pero también es posible que, usada en su sentido corriente, la expresión dé lugar a vaguedades e imprecisiones (como ciertamente ocurre con «Derecho»), de manera que podría ser aconsejable efectuar una *definición estipulativa*, es decir, indicar cómo debería usarse la expresión «Derecho». Finalmente, podría interesar un recorte y una precisión de un significado de «Derecho» a partir de su(s) significación(es) usual(es). En ese caso, efectuaríamos una *redefinición*.

Posibilidad y utilidad de definir «Derecho».

En conclusión, definir es una operación interesante, pero no tan importante como se ha creído con tanta frecuencia (sobre todo cuando se parte de una concepción realista o esencialista de la misma). Por otro lado, es preciso aceptar que no pueden definirse todos los términos de un discurso, es decir, hay que presuponer que algunos de ellos funcionan como primitivos. La palabra «Derecho» es, naturalmente, susceptible de ser definida (mediante definiciones lexicográficas, estipulativas o redefiniciones), pero es muy posible que tales definiciones no sean demasiado útiles. El término «Derecho» tiene una significación tan rica que tratar de expresarla mediante un *definiens* lo bastante breve como para que tenga sentido seguir hablando de definición, puede verse como una simplificación excesiva que oculta más problemas de los que ilumina. En consecuencia, lo que vamos a intentar a partir de ahora no será tanto establecer una definición de «Derecho» como especificar y aclarar su significado, poniendo en correlación —es decir, analizando las ana-

logías y diferencias— este concepto con otros que tienen un área de significado próxima y, en parte, superpuesta: norma, coacción, Estado, ideología, conflicto, consenso, relación social, moral... Como no todos los términos y conceptos que interesan a los juristas presentan la complejidad de «Derecho» (en general, los términos y conceptos jurídicos se insertan en una teoría, en cuyo contexto pueden ser definidos), las páginas anteriores, que han servido también para establecer algunos presupuestos sin los que no se podría seguir adelante, deberían considerarse como algo más que un excurso inicial. Animamos, pues, al lector a que prosiga con su tarea, aunque no se le puedan prometer resultados espectaculares.

1.2. Cuestiones de ambigüedad

Lo primero que debemos tener en cuenta antes de seguir adelante, es que el término «Derecho» es, de una manera muy patente, *ambiguo*, es decir, susceptible de asumir diversos significados, generalmente distinguibles por el contexto. Tomemos, como ejemplo, las siguientes expresiones: 1) «el Derecho de familia español ha sufrido en los últimos años grandes transformaciones»; 2) «el derecho al divorcio ha sido introducido en España mediante una ley de 1981»; 3) «el carácter científico del Derecho es aún objeto de debates»; 4) «no hay derecho a que diariamente mueran en el mundo miles de seres humanos y nosotros no hagamos nada por impedirlo». En 1), «Derecho» designa el concepto de Derecho objetivo, el Derecho como conjunto de normas; en 2), el concepto de derecho subjetivo, el derecho en cuanto facultad de hacer algo respaldada por el poder del Estado; en 3), el concepto de ciencia del Derecho, es decir, el estudio o reflexión sobre el Derecho; en 4), un juicio de valor sobre lo que debería ser Derecho. Que se trata de cuatro significados distintos (prescindimos de muchos otros que tiene la expresión «Derecho» y que aquí no vienen al caso) resulta obvio, aunque sólo fuera por el hecho de que en otras lenguas existen expresiones distintas para indicar estas diversas acepciones. Por ejemplo, para referirse al Derecho en su sentido objetivo, en inglés se emplea la palabra «*law*» (cuya traducción correcta al castellano es, casi siempre, «Derecho» y no «ley»), «*right*» si se trata del derecho subjetivo

Derecho objetivo, derecho subjetivo, ciencia del Derecho y justicia.

(la traducción de «derechos humanos» es «*human rights*»), y «*Jurisprudence*» para referirse aproximadamente a lo que nosotros entendemos por «ciencia del Derecho». En Italia, no hay Facultades de «*Diritto*», sino de «*Giurisprudenza*», etc.

Para evitar este primer escollo, en castellano convendría escribir la palabra con mayúscula («Derecho») para designar el concepto utilizado en 1) y con minúscula («derecho») para designar el contenido en 2); pero esta convención, que estaba vigente no hace muchos años, se está perdiendo rápidamente (hoy suele escribirse siempre con minúscula) y el que la respetemos en este libro no lo va a evitar. Para referirse a las otras dos acepciones, sería preferible utilizar expresiones distintas: «Jurisprudencia» (con mayúscula, para diferenciarla de la *jurisprudencia* —conjunto de decisiones— de los tribunales), «ciencia del Derecho» o «dogmática jurídica» cuando se trate de la acepción empleada en 3); y «justicia» para indicar la utilizada en 4). Así, una expresión como «no hay derecho a X» podría sustituirse con ventaja por «X no es justo» (sin entrar por el momento en detalles sobre lo que pueda significar «justo»). Si aceptamos y adoptamos estas convenciones (y, aunque no lo hagamos, si atendemos al contexto) podemos resolver casi todos los problemas de ambigüedad de «Derecho», aunque no todos: las cuatro acepciones pueden guardar alguna conexión entre sí, y en ocasiones puede no estar claro en qué sentido se utiliza la expresión (por ejemplo, en el último caso en que ha aparecido).

¿Puede reducirse el derecho subjetivo a Derecho objetivo?

Conviene, además, efectuar un par de puntualizaciones en relación con lo anterior. La primera es que, según algunos autores (fundamentalmente, Kelsen), el derecho subjetivo puede reducirse al Derecho objetivo. Si alguien tiene la facultad (jurídica) de hacer algo es porque se la otorga el Derecho objetivo; el derecho subjetivo es también un conjunto de normas. Esto implica primar la categoría de Derecho objetivo (es lo que *define* la definición de Kelsen: «el Derecho es un conjunto de normas coactivas»), pero no significa, o al menos así lo vamos a interpretar nosotros, suprimir el concepto de «derecho subjetivo». Ya hemos dicho antes que dos conceptos pueden denotar los mismos fenómenos, sin tener el mismo significado; así ocurre también con «triángulo equiángulo» y «triángulo equilátero» en geometría, o con «rol» y «status» en sociología. La segunda es que la relación entre el Derecho en sentido objetivo (y, si se quiere, también en sentido subjetivo) y la ciencia del Derecho es la relación que se establece entre un lenguaje ob-

(la traducción de «derechos humanos» es «*human rights*»), y «*Jurisprudence*» para referirse aproximadamente a lo que nosotros entendemos por «ciencia del Derecho». En Italia, no hay Facultades de «*Diritto*», sino de «*Giurisprudenza*», etc.

Para evitar este primer escollo, en castellano convendría escribir la palabra con mayúscula («Derecho») para designar el concepto utilizado en 1) y con minúscula («derecho») para designar el contenido en 2); pero esta convención, que estaba vigente no hace muchos años, se está perdiendo rápidamente (hoy suele escribirse siempre con minúscula) y el que la respetemos en este libro no lo va a evitar. Para referirse a las otras dos acepciones, sería preferible utilizar expresiones distintas: «Jurisprudencia» (con mayúscula, para diferenciarla de la *jurisprudencia* —conjunto de decisiones— de los tribunales), «ciencia del Derecho» o «dogmática jurídica» cuando se trate de la acepción empleada en 3); y «justicia» para indicar la utilizada en 4). Así, una expresión como «no hay derecho a X» podría sustituirse con ventaja por «X no es justo» (sin entrar por el momento en detalles sobre lo que pueda significar «justo»). Si aceptamos y adoptamos estas convenciones (y, aunque no lo hagamos, si atendemos al contexto) podemos resolver casi todos los problemas de ambigüedad de «Derecho», aunque no todos: las cuatro acepciones pueden guardar alguna conexión entre sí, y en ocasiones puede no estar claro en qué sentido se utiliza la expresión (por ejemplo, en el último caso en que ha aparecido).

¿Puede reducirse el derecho subjetivo a Derecho objetivo?

Conviene, además, efectuar un par de puntualizaciones en relación con lo anterior. La primera es que, según algunos autores (fundamentalmente, Kelsen), el derecho subjetivo puede reducirse al Derecho objetivo. Si alguien tiene la facultad (jurídica) de hacer algo es porque se la otorga el Derecho objetivo; el derecho subjetivo es también un conjunto de normas. Esto implica primar la categoría de Derecho objetivo (es lo que *define* la definición de Kelsen: «el Derecho es un conjunto de normas coactivas»), pero no significa, o al menos así lo vamos a interpretar nosotros, suprimir el concepto de «derecho subjetivo». Ya hemos dicho antes que dos conceptos pueden denotar los mismos fenómenos, sin tener el mismo significado; así ocurre también con «triángulo equiángulo» y «triángulo equilátero» en geometría, o con «rol» y «status» en sociología. La segunda es que la relación entre el Derecho en sentido objetivo (y, si se quiere, también en sentido subjetivo) y la ciencia del Derecho es la relación que se establece entre un lenguaje ob-

(la traducción de «derechos humanos» es «*human rights*»), y «*Jurisprudence*» para referirse aproximadamente a lo que nosotros entendemos por «ciencia del Derecho». En Italia, no hay Facultades de «*Diritto*», sino de «*Giurisprudenza*», etc.

Para evitar este primer escollo, en castellano convendría escribir la palabra con mayúscula («Derecho») para designar el concepto utilizado en 1) y con minúscula («derecho») para designar el contenido en 2); pero esta convención, que estaba vigente no hace muchos años, se está perdiendo rápidamente (hoy suele escribirse siempre con minúscula) y el que la respetemos en este libro no lo va a evitar. Para referirse a las otras dos acepciones, sería preferible utilizar expresiones distintas: «Jurisprudencia» (con mayúscula, para diferenciarla de la *jurisprudencia* —conjunto de decisiones— de los tribunales), «ciencia del Derecho» o «dogmática jurídica» cuando se trate de la acepción empleada en 3); y «justicia» para indicar la utilizada en 4). Así, una expresión como «no hay derecho a X» podría sustituirse con ventaja por «X no es justo» (sin entrar por el momento en detalles sobre lo que pueda significar «justo»). Si aceptamos y adoptamos estas convenciones (y, aunque no lo hagamos, si atendemos al contexto) podemos resolver casi todos los problemas de ambigüedad de «Derecho», aunque no todos: las cuatro acepciones pueden guardar alguna conexión entre sí, y en ocasiones puede no estar claro en qué sentido se utiliza la expresión (por ejemplo, en el último caso en que ha aparecido).

¿Puede reducirse el derecho subjetivo a Derecho objetivo?

Conviene, además, efectuar un par de puntualizaciones en relación con lo anterior. La primera es que, según algunos autores (fundamentalmente, Kelsen), el derecho subjetivo puede reducirse al Derecho objetivo. Si alguien tiene la facultad (jurídica) de hacer algo es porque se la otorga el Derecho objetivo; el derecho subjetivo es también un conjunto de normas. Esto implica primar la categoría de Derecho objetivo (es lo que *define* la definición de Kelsen: «el Derecho es un conjunto de normas coactivas»), pero no significa, o al menos así lo vamos a interpretar nosotros, suprimir el concepto de «derecho subjetivo». Ya hemos dicho antes que dos conceptos pueden denotar los mismos fenómenos, sin tener el mismo significado; así ocurre también con «triángulo equiángulo» y «triángulo equilátero» en geometría, o con «rol» y «status» en sociología. La segunda es que la relación entre el Derecho en sentido objetivo (y, si se quiere, también en sentido subjetivo) y la ciencia del Derecho es la relación que se establece entre un lenguaje ob-

jeto y un metalenguaje. La ciencia del Derecho consiste (aunque ésta sea una afirmación que necesitaría mayores precisiones) en un conjunto de enunciados sobre el Derecho positivo. Aparece así la posibilidad de distinguir entre las *normas* jurídicas, los enunciados jurídicos, y las *proposiciones* jurídicas, los enunciados de la ciencia jurídica que lo son *sobre* las normas jurídicas. Se trata, pues, de una diferencia de niveles de lenguaje. De manera análoga, cabe decir que el inglés (para quien trata de aprenderlo) funciona como un lenguaje objeto en relación, por ejemplo, con el castellano, que sería su metalenguaje. «*The history of the human rights*» sería un enunciado de ese lenguaje objeto: «"*human rights*" se traduce en castellano por "derechos humanos"» sería un enunciado del metalenguaje. En la primera frase, la expresión «human rigths» ha sido *usada*; en el segundo caso, *mencionada*, porque pertenece a un nivel de lenguaje distinto al del metalenguaje que se ha empleado para hablar de ella.

Lenguaje objeto y metalenguaje: normas jurídicas y proposiciones jurídicas.

Uso y mención.

1.3. Problemas de vaguedad

Mientras que la ambigüedad es una dificultad que afecta, por así decirlo, a los términos, y es relativamente fácil de solucionar, la *vaguedad* es otro de los «defectos congénitos» del lenguaje, considerablemente más grave en cuanto que afecta a los conceptos. Éstos pueden analizarse en un plano intensional o connotativo y en un plano extensional o denotativo. La *intensión* de un concepto es el conjunto de propiedades que lo caracterizan, y su *extensión* o referencia el campo de aplicabilidad del mismo. Por ejemplo, la intensión de «juez» es el conjunto de propiedades (funcionario público, que tiene a su cargo la aplicación de las normas jurídicas, etcétera), y su extensión, el conjunto de las personas (pasadas, presentes y futuras) que han sido, son y serán jueces. Todos los conceptos tienen una intensión y una extensión, aunque esta última puede ser vacía. Por ejemplo, el concepto de «juez imparcial», en el caso de que consideremos que ningún individuo ha satisfecho ni podrá satisfacer nunca las características que atribuimos a tan extraordinario ser. Por otro lado, cuanto mayor es la intensión de un concepto, más las propiedades o notas que lo caracterizan, me-

Intensión y extensión.

nor es su extensión. El campo de aplicación de «juez español actual» es menos extenso que el de «juez». E inversamente, al aumentar la extensión decrece la intensión. Así, «juez» tiene menos notas definitorias que «juez español actual». Pero hay que tener en cuenta, como ya se ha recordado, que existen conceptos con una intensión más o menos amplia, pero con una extensión vacía («juez imparcial»), y conceptos con la misma denotación pero distinta intensión («Derecho» y «Estado» en la concepción kelseniana).

Vaguedad intensional y vaguedad extensional.

El significado de un concepto (nos interesan sólo las palabras que designan conceptos) se determina estableciendo su intensión y su extensión. Y la *vaguedad* consiste precisamente en que es posible que la intensión y/o la extensión de los conceptos no esté bien determinada. Hay *vaguedad intensional* cuando las propiedades connotadas no pueden determinarse exhaustivamente. Hay *vaguedad extensional* cuando la indeterminación afecta al campo de aplicación del concepto. La expresión «Derecho», en su acepción de «Derecho objetivo», es vaga intensionalmente, ya que no parece posible —o, al menos, aún no se ha logrado— establecer todas las notas, toda la intensión del mismo. (¿Bastan las notas de normatividad y coactividad? ¿No habrá que añadir también la de generalidad? ¿O la de conformidad con los principios básicos de la justicia? ¿Es acaso necesario presuponer la nota de coactividad siempre que calificamos algo como «Derecho»?) Y también padece de vaguedad extensional, puesto que tampoco está perfectamente determinado el campo de aplicación de «Derecho». (¿Existe Derecho en las sociedades primitivas? ¿Es Derecho el Derecho internacional? ¿Y el Derecho canónico?) El campo de aplicación clara de «Derecho» es el Derecho estatal, y la «zona de penumbra» del concepto son los supuestos de reglamentaciones no estatales. Pero ¿está completamente determinado el concepto de «Estado»? ¿No será también él un concepto vago?

La zona de penumbra.

Probablemente es imposible eliminar del todo la vaguedad de nuestros conceptos, en especial cuando el vehículo de los mismos es el lenguaje natural (castellano, catalán, inglés...) y no un lenguaje artificial construido a propósito para eliminar en lo posible la vaguedad y las imprecisiones en general (el lenguaje científico). El lenguaje del Derecho y el de la ciencia del Derecho es un lenguaje natural tecnificado en el que existen amplios márgenes para la vaguedad, aunque siempre cabe hacer algo, al menos para reducirla a límites tolerables (en primer lugar, ser

conscientes de ella). En eso consiste, en buena medida, la labor de los juristas teóricos y de los legisladores. Por ejemplo, el concepto técnico-jurídico de «robo» es mucho más preciso que la noción vulgar de «robo».

Cómo reducir la vaguedad de «Derecho».

Aclarar el significado de «Derecho» implica, por tanto, reducir su vaguedad. Desde luego, no parece posible lograrlo del todo, y ello es lo que ha motivado que algunos autores, como H. Hart, hayan renunciado a dar una definición del mismo, en el sentido de establecer exhaustivamente su significación (las reglas sintácticas y semánticas que rigen, o deben regir, el uso de «Derecho» u otras expresiones equivalentes). La tarea que se impone Hart en *El concepto de Derecho* es más modesta: trata de dar cuenta del Derecho en las actuales sociedades desarrolladas (reducción del campo de aplicación del concepto) o, por lo menos, de explicar algunos de los problemas recurrentes en la teoría del Derecho cuando ha tratado de dicho concepto. (¿Hasta qué punto es el Derecho una cuestión de normas? ¿En qué se diferencia la obligación jurídica de la obligación moral? ¿En qué se diferencia el Derecho de las órdenes respaldadas por amenazas?) Con estas precisiones, el Derecho, según Hart, puede entenderse como un conjunto de normas de dos tipos fundamentales: primarias y secundarias. Tal vez podríamos decir que en la estrategia de Hart predomina un planteamiento extensional: en primer lugar, restringe el campo de aplicación de «Derecho» al supuesto de las sociedades actuales desarrolladas; en segundo lugar, utiliza el concepto de «regla de reconocimiento» (que luego veremos) como criterio para decidir qué reglas forman parte de un determinado sistema jurídico. Así, el Derecho de X (donde X representa una sociedad desarrollada del presente) viene dado por el conjunto de normas que satisfacen las condiciones de la regla de reconocimiento (incluida esta misma regla).

En definitiva, un planteamiento de este tipo parece adecuado: la vaguedad extensional es más fácil de subsanar (aunque nunca se logre del todo) que la vaguedad intensional. Además, si un concepto es extensionalmente vago, entonces también lo es intensionalmente, pero no a la inversa: un concepto puede ser intensionalmente vago, pero su extensión puede estar bastante bien determinada. A partir de la concepción de Hart, por ejemplo, podemos determinar con cierta facilidad *cuál es* el Derecho de X, aunque no sepamos muy bien *lo que es* tal Derecho.

Pluralidad de conceptos de Derecho.

Naturalmente, ampliar o restringir el campo de aplicación del concepto «Derecho» dependerá de las circunstancias; es decir, que en gran medida es una cuestión convencional. De ahí que sea posible, y quizás inevitable, bosquejar diversos conceptos de Derecho. Un antropólogo o un historiador precisará un concepto suficientemente amplio de Derecho que incluya las reglamentaciones de sociedades poco desarrolladas, es decir, que no permita identificar únicamente como Derecho los sistemas jurídicos de los Estados actuales desarrollados. Por el contrario, a un penalista que pretenda describir el Derecho penal vigente en España puede convenirle un concepto bastante menos amplio (por ejemplo, el concepto kelseniano). De este modo encontramos, de paso, una explicación a la pluralidad de definiciones y de conceptos habidos sobre el Derecho: el punto de vista del práctico no es el mismo que el del teórico del Derecho o el de los distintos cultivadores de las ciencias sociales interesados por el Derecho. Ello no excluye, empero, la conveniencia de intentar un concepto unitario, válido para todas las ciencias cuyo objeto sea el Derecho o algún aspecto del mismo.

Extraigamos ahora algunas conclusiones provisionales antes de proseguir:

De nuevo sobre la utilidad de las definiciones.

— El discurso anterior nos permite entender mejor que el concepto de Derecho se haya considerado una cuestión suficientemente compleja como para que no tenga sentido resolverla desde el comienzo con una simple definición. Hemos visto también que esto no implica la imposibilidad de una definición, o que sea inútil un análisis del significado de «Derecho». Sabemos además que no basta con indicar los diversos usos de «Derecho», sino que es preciso dilucidar también el concepto «Derecho», lo cual se consigue no tan sólo fijándose en los puntos cuya aceptación no es problemática (si es que hay alguno), sino intentando afrontar los aspectos controvertidos que, sin duda, apuntan a auténticos problemas sobre los que es preciso pronunciarse.

Imposibilidad de fijar exhaustivamente la intensión y extensión de «Derecho».

— En la tarea de esclarecer el concepto de «Derecho» hay que huir de los dos errores siguientes: *a*) Suponer que los conceptos (y las palabras) reflejan una esencia inmutable; esto es, expresado de una manera más técnica, suponer que la intensión de un concepto (como «Derecho») puede fijarse totalmente y de una vez por todas. Ello no es posible, entre otras razones, porque dicho concepto tiene como referencia un fenómeno (o más bien, un conjunto de fenómenos) histórico y variable. No

es, por tanto, un concepto puramente abstracto, formal, como los de la lógica o la matemática (que tampoco reflejan esencias, pero cuyos significados pueden establecerse indicando una serie de condiciones necesarias y suficientes que deben darse siempre que utilizamos dichos conceptos). *b*) Olvidarse de que «Derecho» es una palabra de clase (y que denota, para colmo, fenómenos sumamente heterogéneos), de manera que no tiene ningún sentido buscar detrás de ella un *único* ente, físico o metafísico.

Definición por género y diferencia específica.

— Las definiciones por género y diferencia específica (por ejemplo, «el hombre es un animal racional») y en la medida en que se aplican al Derecho, que es lo que aquí nos interesa, plantean los siguientes problemas: 1) incurren en alguno de los dos errores que se acaban de señalar (o quizá en los dos); 2) suelen presentarse como «definiciones reales» cuya crítica ya hemos hecho anteriormente; 3) si se entienden como definiciones conceptuales, pueden ser admisibles cuando el género supremo y la diferencia específica son conceptos precisos o que se pueden precisar; en otro caso, las definiciones serán puramente aparentes, o bien llevarán a una recurrencia al infinito (habrá que definir el género y la diferencia específica por medio de otros géneros y diferencias, etcétera).

Pero ya hemos dicho que aquí no intentaremos definir lo que es «Derecho», sino que procuraremos aclarar dicho concepto a partir de otros cuyo significado siempre se ha considerado próximo o coincidente. Y el primero de estos conceptos es el de «norma».

1.4. Derecho y normas

El Derecho como conducta.

En la teoría contemporánea del Derecho hay una opinión bastante generalizada de que el Derecho consiste esencialmente en normas; los Derechos serían conjuntos de normas. Pero esta opinión no es, de ninguna manera, unánime. Así, para los representantes del *realismo jurídico* (al menos, para el realismo jurídico *americano)* el Derecho no son tanto las normas como las conductas y comportamientos de los jueces y otros funcionarios. Para Carlos Cossio, un filósofo del Derecho argentino cuya teo-

ría (la teoría egológica del Derecho) gozó de un cierto predicamento en las décadas de 1950 y 1960, el Derecho es conducta humana en interferencia intersubjetiva (la moral sería conducta en interferencia subjetiva) y la norma sólo es un concepto apto para mentar la conducta. Estos planteamientos (el uno más claro que el otro) ofrecen, aparentemente, un gran atractivo: la conducta parece ser un objeto de estudio (un *hecho*, al fin y al cabo) bastante más consistente que las normas. La ciencia del Derecho, como ciencia de la conducta, podría —o tendría— que emplear los métodos de investigación de las otras ciencias de la conducta (sociología, psicología, etcétera), de manera que su estatuto científico estaría mucho mejor asegurado. Sin embargo, la reducción del Derecho a conducta, de uno u otro tipo, no es fácil de admitir.

El Derecho no es sólo comportamiento de los jueces.

Supongamos que el Derecho sea el comportamiento de los jueces. Ahora bien, un aspecto de dicho comportamiento —seguramente el central— consiste en tomar decisiones sobre determinados casos, es decir, en dictar sentencias que no son, como veremos, otra cosa que normas (particulares). Por otro lado, necesitamos también el concepto de «norma» (y la existencia de normas) para determinar quiénes son los jueces en una sociedad.

Conducta jurídica no equivale a conducta social.

Pasemos ahora al Derecho como conducta en interferencia intersubjetiva. Si aceptamos como válido este concepto de Derecho, parece muy difícil pensar en algún tipo de conducta que no sea jurídica. Se corre, pues, el grave riesgo de identificar conducta jurídica con conducta social; relaciones (constelaciones de conductas) jurídicas con relaciones sociales. Ciertamente, se ha llegado a escribir (Nino) que «el Derecho, como el aire, está en todas partes», y, en efecto, es difícil pensar, al menos hoy, en algún tipo de relación o actividad ajena por completo al Derecho. Sin embargo, y por seguir con la metáfora, aunque el aire esté en todas partes, no todo es aire. De la misma manera, no todos los comportamientos y relaciones sociales son jurídicos, aunque, a veces, los juristas parezcan olvidarse de ello. Si tomamos como ejemplo la relación paterno-filial (Capella, 1980), podemos ver cómo cabe distinguir en ella un aspecto biológico-natural, otro socio-cultural o institucional que no necesariamente coincide con el anterior (el padre biológico puede no ser el padre socio-cultural) y, finalmente, un aspecto jurídico como consecuencia de la selección de alguno de los diversos modelos socio-culturales de familia. La existencia de un Derecho de familia supone que las relaciones del grupo familiar apa-

recen reglamentadas con la intervención del Estado. Así pues, familia no puede confundirse con el Derecho de familia. Los comportamientos familiares no son siempre, ni sólo, jurídicos, de la misma manera que tampoco lo son los comportamientos económicos. Además, como hemos visto a propósito del realismo jurídico, el Derecho no es tanto el comportamiento como una determinada reglamentación de ciertos comportamientos.

Entre los representantes de la teoría marxista del Derecho también puede encontrarse una actitud contraria a hacer de la norma el concepto central del Derecho. Así, Pašukanis, el más importante jurista soviético, partiendo de la idea de que la economía ofrece la clave para comprender lo jurídico, defendió la tesis de que el Derecho no consiste propiamente en normas (que sería más bien un aspecto derivado, secundario), sino que el Derecho es la forma de una relación social específica, la relación que tiene lugar entre poseedores de mercancías que intercambian equivalentes. Se trata, en definitiva, de la relación típica del modo de producción capitalista: la relación mercantil. Ahora bien, entre las críticas que se le han formulado a Pašukanis, la fundamental —y en la que coinciden tanto autores no marxistas (Kelsen, Bobbio) como marxistas (Cerroni)— es que, al haber infravalorado el elemento normativo, cierra la posibilidad de distinguir la relación jurídica de la relación económica.

El Derecho como forma de una relación social específica.

Por ello debemos aclarar ante todo el concepto de «norma». Para hacerlo, podemos recurrir a Kant y a su conocida distinción entre razón teórica y razón práctica. Según Kant, el conocimiento teórico (la razón teórica) es conocimiento de lo que *es*, y la forma típica de conocimiento en este campo la constituyen los juicios (indicativos o descriptivos). Por el contrario, el conocimiento práctico (la razón práctica) es conocimiento de lo que *debe ser*; la forma típica de conocimiento en este caso (de conocimiento volcado a la acción) es el imperativo. Entre el mundo del ser y el del deber ser (al menos, tal como se ha interpretado comúnmente a Kant) existe un hiato infranqueable: de lo que *es* no puede derivarse lo que *debe ser*. La crítica a los autores que pretenden derivar «debe» de «es» (incurriendo en la famosa «falacia naturalista»), fue formulada por Hume a mediados del XVIII, y es, ciertamente, un aspecto básico en la filosofía jurídica y moral contemporánea, aunque sea todavía una cuestión sometida a debate.

Ser y deber ser.

La falacia naturalista.

Sobre los pasos de Kant y de los neokantianos, Kelsen distinguirá entre: juicios de ser, adecuados para las ciencias de he-

chos (naturales o sociales), que tienen la forma: «si es A, entonces *es* B»; y juicios de deber ser, adecuados para las ciencias normativas (como la del Derecho) cuya forma sería: «si es A, entonces *debe ser* B». Es decir, y dejando para más adelante las complicaciones que presenta esta postura, en la concepción de Kelsen, una norma aparece como un juicio de deber ser y distinto, por lo tanto, de los juicios de ser.

Hoy se suele introducir la noción de norma a partir de un análisis del lenguaje más refinado. Siguiendo la clásica distinción de Ch. Morris, el estudio de los signos lingüísticos *(semiótica)* puede hacerse desde tres puntos de vista: estudiando las relaciones de los signos entre sí, prescindiendo tanto del significado de los signos como de los usuarios de los mismos *(sintaxis)*; estudiando las relaciones de los signos con sus significados *(semántica)*; estudiando las relaciones de los signos con los usuarios de los mismos *(pragmática)*. Este último nivel (análisis del lenguaje desde un punto de vista psico-social) es el que ahora nos interesa.

Sintaxis, semántica y pragmática.

En un libro (de 1965) que marca el comienzo de la iusfilosofía analítica en lengua castellana, G. Carrió mostraba cómo además (y, en cierto modo, antes) de contestar a la pregunta «¿qué quiere decir X?», esto es, antes de proceder a un análisis semántico (y sintáctico) de una expresión, habría que contestar a esta otra: «¿qué hizo fulano al decir X?», es decir, ¿con qué intención utilizó la expresión X? Y parece claro que la respuesta a esta pregunta es que no siempre utilizamos el lenguaje con la misma intención, de la misma manera, sino que existen diversos *usos* o *funciones* lingüísticas. He aquí algunas de ellas:

Usos o funciones del lenguaje.

— Función *informativa* o *descriptiva*. Cuando el lenguaje se utiliza para transmitir información sobre el mundo, que puede ser verdadera o falsa. Por ejemplo: «El partido ... fue el vencedor en las pasadas elecciones».

— Función *emotiva* o *expresiva*. Cuando el lenguaje se emplea para expresar emociones o sentimientos o para generarlos. Por ejemplo: «¡Ojalá que un partido de izquierda gane las próximas elecciones!».

— Función *interrogativa*. Cuando el lenguaje se emplea para formular preguntas, para inquirir información. Por ejemplo: «¿Quién fue el vencedor de las pasadas elecciones?».

— Función *operativa, ejecutiva,* o *performativa (perfomative function)*. Cuando decir algo implica también *hacer* algo. Por

ejemplo: «Proclamo al partido ... vencedor de las pasadas elecciones» (dicho por el presidente de la junta electoral en la ocasión apropiada).

— Función *directiva.* Cuando el lenguaje se utiliza con la intención de influir en el comportamiento de los demás, como guía para el comportamiento. Por ejemplo: «¡Vota a un partido de izquierda!». Las directivas pueden tener diversa fuerza, según se trate de ordenar, mandar, sugerir, invitar, pedir, implorar, etcétera. Cuando uno la lee en un cartel mural, la frase anterior no pasa de ser una invitación o una sugerencia. Dicha por un padre autoritario a su hijo (o a su mujer) en la puerta del colegio electoral (en el caso de que los padres autoritarios sean de izquierdas), puede ser bastante más. Respecto de las directivas, no parece que tenga sentido preguntar por su verdad o su falsedad.

Las normas son directivas.

Las normas, desde esta perspectiva, son precisamente directivas, es decir, enunciados que tratan de influir en el comportamiento de aquellos a quienes van dirigidos. En general, las normas pertenecen a una categoría especial de directivas —las directivas más fuertes— que se suelen llamar *prescripciones.* De lo anterior habría que exceptuar, quizás, a los permisos que ocupan un lugar importante dentro de las normas (y, en particular, dentro de las normas jurídicas) y que, en todo caso, serían directivas.

No siempre es fácil, sin embargo, distinguir cuál es el uso o función de una determinada expresión. Generalmente, en una misma expresión puede apreciarse más de una función, aunque una determinada sea la predominante. Por ejemplo, en la frase «¡Vota a un partido de izquierda!» destaca ante todo su función directiva, pero el enunciado nos suministra también una información (que hay, al menos, un partido de izquierda que se presenta a las elecciones) y, desde luego, trata de suscitar en nosotros un sentimiento de adhesión hacia un determinado proyecto político, al mismo tiempo que (expresada por un candidato, por ejemplo) significa *hacer* campaña electoral. En ocasiones, la forma gramatical ayuda a distinguir las diversas funciones: uso de interrogaciones, utilización de ciertos tiempos y modos verbales, etcétera, pero, en general, es preciso recurrir al contexto (no sólo al contexto lingüístico, sino también al contexto situacional).

Hasta ahora hemos caracterizado las normas en un plano

¿Tienen significado las normas?

pragmático. Cabe también un análisis semántico (un análisis de su significado) que, desde luego, no puede separarse del anterior, aunque ello plantee ciertas dificultades; sobre todo porque estamos acostumbrados a analizar semánticamente los enunciados informativos, es decir, los enunciados susceptibles de ser verdaderos o falsos (el problema semántico fundamental es el problema de la verdad), mientras que, como se ha dicho, las normas no parecen susceptibles de esa calificación. Sin embargo, esto plantea una serie de inconvenientes que han tratado de evitarse de diversas formas. Una de ellas, la seguida por G. Kalinowski, consiste en utilizar el concepto de verdad de Tarski (y una ontología de tipo tomista) y de este modo atribuir también a las normas los valores verdadero/falso. Otro intento ha consistido en trasladar al campo de la lógica deóntica (o lógica de las normas) la llamada «semántica de los mundos posibles». Por ejemplo, una norma del tipo Op (obligatorio efectuar la acción p) significaría que p es verdadera en todos los mundos deónticamente admisibles (Gardies). Pero el punto de vista más frecuente considera que las normas no son enunciados que puedan calificarse como verdaderos o falsos, sin que ello suponga que carezcan de significado, como ha pretendido un verificacionismo extremo y hoy generalmente superado. En el caso de las normas (y, en particular, de las normas jurídicas), la noción fundamental que vendría a hacer las veces de la de *verdad* en los enunciados descriptivos es la categoría de *validez*. Se trata, desde luego, de una noción compleja y controvertida (Garzón Valdés), pero todos o casi todos los autores están de acuerdo en que calificar a una norma (jurídica) como válida significa afirmar que ha sido dictada por el órgano competente y de acuerdo con el procedimiento adecuado (ésta sería, en concreto, la definición kelseniana). Sin embargo, los iusnaturalistas añadirían a lo anterior un nuevo requisito: que su contenido sea justo; en el caso de la concepción hartiana, se precisa que los criterios de validez sean los establecidos por la regla de reconocimiento, etcétera. Por otro lado, mientras que ciertos autores, como Kelsen y los iusnaturalistas, hacen equivalentes validez, existencia y deber de obediencia, otros, como Hart o von Wright, distinguen estas tres nociones. En la concepción de Hart, por ejemplo, hay al menos una norma —la regla de reconocimiento— que existe pero de la que no tiene sentido predicar su validez y, por otro lado, existen normas válidas —las reglas secundarias— que no imponen obligaciones. Finalmente (E. Díaz), parece interesan-

¿Qué significa validez normativa?

te distinguir la *validez* de una norma, de su *eficacia* (que resulte o no aplicada en la práctica) y de su *justicia* (que se considere o no valiosa). — *Validez, eficacia y justicia.*

En conclusión, y sin profundizar más en la difícil cuestión de la semántica del discurso normativo, cabría afirmar: 1) Que las normas (las normas jurídicas) no pueden calificarse como verdaderas o falsas, pero sí como válidas e inválidas, eficaces o ineficaces, justas o injustas, que es lo que les «da sentido». 2) Que, según la distinción introducida anteriormente entre lenguaje y metalenguaje, es posible distinguir las *normas* (en lo que consiste el *Derecho*) de las *proposiciones normativas* (en lo que consiste la *ciencia del Derecho*); las normas no son susceptibles de ser calificadas como verdaderas o falsas, pero las proposiciones normativas sí. 3) Que los análisis efectuados anteriormente sobre diversos problemas semánticos (ambigüedad, vaguedad, etcétera) son perfectamente aplicables al lenguaje normativo, e incluso es fundamental tenerlos en cuenta a la hora de afrontar el problema de la interpretación del Derecho. 4) Que también es posible llevar a cabo un análisis sintáctico de las normas, es decir, estudiar cómo están estructuradas las normas, cuáles son los elementos de que se componen y cómo se combinan éstos entre sí. *Algunas conclusiones.*

Antes de proceder a un análisis de este último tipo, conviene tener en cuenta que el mundo de las normas es considerablemente variado: están las normas de los juegos, las que dicen, por ejemplo, cómo deben moverse las fichas del ajedrez; las normas gramaticales, que indican cómo hablar y escribir correctamente un idioma; las normas o reglas técnicas, que señalan los medios para alcanzar ciertos fines (por ejemplo: «para poner el coche en marcha se debe girar la llave del contacto y acelerar»); las normas jurídicas, como la que expresa el artículo 413 del Código penal (todavía vigente a la hora de redactar estas páginas): «la mujer que produjere su aborto o consintiera que otra persona se lo cause, será castigada con la pena de prisión menor»; las normas religiosas, como la que establece el deber de «amar a Dios sobre todas las cosas»; las normas morales: «no se debe mentir»; las normas del trato social, como la que establece que cuando uno es presentado a otra persona debe emplear una frase de cortesía como «encantado», «mucho gusto», etcétera. Uno de los problemas clásicos de la teoría del Derecho (problema conectado, naturalmente, con el del concepto de Derecho) es el de la distinción de las normas jurídicas de — *Variedades de normas.*

La estructura de las normas.

los otros tipos de normas y, en especial, de las normas de los tres últimos tipos (sobre todo, de las normas morales). El análisis de la estructura de una norma puede permitir aclarar este problema.

G. H. von Wright, el fundador —o uno de los fundadores— de la lógica deóntica a mediados de nuestro siglo, ha distinguido una serie de elementos existentes en el tipo de normas que él llama *prescripciones* (este autor considera a los permisos como un tipo de prescripción) y su análisis puede extenderse, en general (con las puntualizaciones que luego efectuaremos), a las normas de los cuatro últimos tipos aludidos anteriormente. Son los siguientes:

— el *carácter*: es decir, la caracterización de determinadas acciones como obligatorias, prohibidas, permitidas o facultativas;

— el *contenido*: la acción o acciones afectadas por dicho carácter; es decir, lo prohibido, permitido, etcétera;

— la *condición de aplicación*: las circunstancias que deben presentarse para que pueda darse la oportunidad de realizar el contenido de la norma (si sólo son las circunstancias que surgen del propio contenido, la norma será categórica; si hay otras adicionales, hipotética);

— la *autoridad*: quien dicta la norma;

—el(los) *sujeto(s) normativo(s)*: los destinatarios de las normas;

— la *ocasión*: la localización espacio-temporal en que debe cumplirse el contenido de la norma;

— la *promulgación*: la formulación de la norma, es decir, su expresión en algún lenguaje (escrito, oral o de otro tipo, como el de las señales de tráfico) para que pueda ser conocida;

— la *sanción*: amenaza de un perjuicio en el caso en que sea incumplido el contenido de la norma.

Si tomamos, por ejemplo, la norma contenida en el artículo 413 del Código penal español, podemos caracterizarla como una prohibición. Su contenido consiste en «producir el aborto o consentir que otra persona lo cause». Aparentemente, la norma es categórica, no aparece especificada ninguna condición de aplicación distinta a la que surge del propio contenido. Sin embargo, las normas jurídicas son siempre hipotéticas; las con-

diciones de aplicación, en este supuesto, deben buscarse, por ejemplo, en el artículo 8 del mismo Código penal, que establece las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal, y así será condición de aplicación que se trate de una mujer mayor de dieciséis años, que no sufra enajenación mental ni haya padecido un trastorno mental transitorio, etcétera. La autoridad que la ha dictado es el poder legislativo (pero la mayor parte de las normas jurídicas no provienen *directamente* del poder legislativo). Los destinatarios de la norma son las mujeres y, si se quiere, los jueces y funcionarios encargados de aplicarla. La ocasión espacial es el territorio del Estado español; y, en cuanto al tiempo, la norma entró en vigor veinte días después de su publicación en el BOE y seguirá vigente hasta que sea derogada. Ha sido promulgada mediante la escritura y atendiendo a ciertas formalidades (como, por ejemplo, haber sido publicada en el BOE). Y la sanción que establece es la de prisión menor (de seis meses y un día a seis años).

El núcleo normativo.

Según von Wright, el *núcleo normativo*, lo que las prescripciones —en su terminología— tienen en común con los otros tipos de normas, está constituido por los tres primeros elementos. De ahí que, siguiendo de cerca esta sugerencia, Alchourrón y Bulygin hayan podido dar una definición (en un plano sintáctico) de lo que es una norma, en estos términos: norma es una correlación entre un *caso* (una serie de condiciones de aplicación) y una *solución* (carácter más contenido). En un capítulo posterior (al tratar de la lógica de las normas) desarrollaremos estas ideas con más detalle.

Moral social y moral crítica.

Ahora debemos analizar una norma moral, religiosa o de trato social, de manera análoga a como lo hemos hecho con una norma jurídica, para tratar de ver qué diferencias existen entre todas ellas. Pero antes de entrar en esta cuestión es conveniente distinguir entre *moral social* o *positiva*, el conjunto de normas morales vigentes en un determinado grupo y en un momento histórico concreto; y *moral crítica* o *subjetiva*, las normas y principios morales de carácter personal que pueden identificarse o no con la moral establecida.

Normas jurídicas, morales, religiosas y del trato social.

En general, suele admitirse que la diferencia más clara existente entre los diversos tipos de normas de las que aquí nos ocupamos (normas jurídicas, morales, religiosas y de trato social) estriba en que solamente unas de ellas (las jurídicas) establecen una *sanción* de carácter *externo* que puede consistir, en último término, en la aplicación de la fuerza física (de la coac-

Tipos de sanción.

ción) y en que está *institucionalizada* (existen ciertos órganos estatales, los jueces y otros órganos administrativos, la policía, etcétera, encargados de aplicarlas). La sanción de las normas de moral social tiene carácter externo (repulsa social, pérdida de prestigio, etcétera), pero carece de la posibilidad de recurrir a la fuerza *física* (aunque en ocasiones la *otra* fuerza pueda ser incluso más persuasiva) y no está institucionalizada (en el terreno de la moral no existe nada equivalente, aunque quizá sí análogo, a los tribunales o a la policía). Las normas de moral crítica tienen una mera sanción interna (remordimiento de conciencia). En el caso de las normas religiosas, tal vez quepa decir que la sanción hace referencia a instancias ultraempíricas (un cristiano pensará que será castigado en la otra vida, en el supuesto de que no ame a Dios sobre todas las cosas). De todas formas, no siempre es fácil distinguir las normas religiosas de las normas morales, pues estas últimas tienen muchas veces un origen religioso. Y, finalmente, las normas del trato social contienen una sanción de tipo externo, no institucionalizada y de menor intensidad o gravedad que las de la moral social: ser un grosero suele resultar más llevadero que ser un inmoral.

Otros criterios de distinción.

Una visión más completa de las diferencias y semejanzas entre estos diversos tipos de normas puede lograrse si, en vez de un único criterio de distinción (la sanción), utilizamos todos los que permite el análisis que hemos efectuado de las normas siguiendo a von Wright. Obtendríamos así el siguiente cuadro (al lector le corresponde la tarea de llenarlo una vez leído todo el apartado):

Tipos de normas / Elementos de las normas	*Normas jurídicas* (legales, consuetudinarias, etcétera)	*Normas morales* (de moral social o de moral crítica)	*Normas religiosas*	*Normas del trato social*
Carácter				
Contenido				
Condición de aplicación				
Autoridad				
Sujeto normativo				
Ocasión espacio-temporal				
Promulgación				
Sanción				

Este cuadro serviría para dar cuenta de los diversos criterios de distinción intentados en distintas épocas y desde diferentes concepciones teóricas. Así, limitando el análisis al campo del Derecho y de la moral, la diferencia entre ambos órdenes normativos se ha visto: 1) En el carácter de las normas. Thomasius, por ejemplo, consideraba que la moral establece mandatos positivos, es decir, obligaciones (de hacer el bien), a diferencia del Derecho, que establece prohibiciones (de hacer el mal). 2) En el contenido de las normas: el Derecho, según una tradición que proviene de Kant, regula los actos externos y la moral los internos. 3) En la condición de aplicación: las normas jurídicas serían, pues, hipotéticas y las morales categóricas. 4) En la autoridad-destinatario de las normas: las normas jurídicas son heterónomas, provienen del exterior del propio sujeto, mientras que las morales son autónomas, en ellas coincide la autoridad con el destinatario; o bien (en otra posible variante): las normas jurídicas, a diferencia de las morales, son aquellas que provienen del Estado. 5) En la ocasión espacio-temporal y en la promulgación: las normas jurídicas tienen límites espaciales definidos (el territorio de un Estado, de un municipio, etc.), suelen tener una vigencia temporal indeterminada (hasta que sean derogadas), y la promulgación de las mismas exige ciertas formalidades, como publicación en el BOE, sanción —en el sentido de ratificación o aprobación— por el jefe del Estado, etcétera. 6) En la sanción que, como hemos visto, es el criterio más importante y, en cierto modo, el definitivo.

Normas jurídicas y normas morales.

El análisis efectuado muestra también la posibilidad de emplear diversos criterios para clasificar las normas (en particular, las normas jurídicas). Así, según su *carácter*, puede haber normas de obligación, de prohibición, de permisión o facultativas. Según su *contenido*, se hablará de normas abstractas (se refieren a clases de acciones) o concretas (se refieren a acciones específicas). Según la *condición de aplicación*, de normas hipotéticas o categóricas, como hemos visto, o bien de diversos tipos de normas hipotéticas. Según la *autoridad*, de leyes, decretos, reglamentos, órdenes ministeriales, etc. Según el *sujeto normativo*, de normas generales (se dirigen a cualquier sujeto de una clase) o particulares (se dirigen a sujetos determinados). Según la *ocasión espacial*, de normas vigentes en todo un Estado, en una comunidad autónoma, en un municipio, etcétera. Según la *ocasión temporal*, de normas retroactivas o irretroactivas, vigentes de manera indefinida o por un espacio de tiempo determinado. Según la *promul-*

Criterios de clasificación de las normas jurídicas.

gación, de normas escritas o consuetudinarias. Según la *sanción*, de normas sancionadoras y (como veremos) normas sin sanción, o bien de normas con sanción positiva o con sanción negativa, etcétera. Es importante observar que pueden utilizarse muchos criterios para clasificar las normas jurídicas (aquí sólo hemos apuntado algunos de los posibles), pero hay que tener cuidado para no mezclar más de un criterio en cada clasificación. Sólo de esta forma puede lograrse una clasificación formalmente correcta (y sin este requisito difícilmente resultará útil), es decir, que origine clases (o subclases) de normas que resulten excluyentes entre sí (una misma norma no debe poder incluirse en más de una clase) y que sean exhaustivas (cualquier norma debe poder incluirse en alguna de las clases establecidas).

Corrección formal de una clasificación.

De todas formas, lo que acabamos de señalar no soluciona del todo el problema de la distinción entre el Derecho y los otros órdenes normativos, por varias razones. En primer lugar, porque lo que hemos llevado a cabo es un análisis estructural, cuando es posible que las diferencias existan más bien (o además) desde un punto de vista funcional (las normas jurídicas, religiosas, morales, etcétera, se distinguirían entre sí porque cada una de ellas cumple una función peculiar); o bien desde un punto de vista axiológico (lo que varía serían los valores subyacentes o realizados por los distintos tipos de normas). En segundo lugar, aun suponiendo que el planteamiento más adecuado sea el estructural, no tenemos ninguna seguridad de que las normas jurídicas (si se quiere, los enunciados jurídicos) respondan siempre a una misma estructura.

Dificultad de distinguir el Derecho de los otros órdenes normativos.

¿Tienen todos los enunciados jurídicos la misma estructura?

Esta última es, sin embargo, la opinión de H. Kelsen, para el cual norma jurídica es aquella que prescribe una sanción (lo que él entiende por sanción), de manera que una norma jurídica obedece siempre a una misma estructura. Por ejemplo, el artículo 413 del Código penal sería un supuesto claro de norma jurídica: a un hecho ilícito (producir el aborto o consentirlo) se le imputa una sanción (prisión menor); el artículo en cuestión suministra una interpretación posible a la fórmula: «si es A (ilícito), entonces debe ser B (sanción)». Adviértase, sin embargo, que hemos dicho que el carácter de la norma contenida en el artículo 413 es el de prohibición, pues, en efecto, la prohibición (de producir el aborto, etcétera) parece derivarse lógicamente del enunciado del artículo. Así, para Kelsen existen, en realidad, dos tipos de normas jurídicas: las normas primarias o genuinas (las que prescriben una sanción); y las normas se-

Normas primarias y normas secundarias, según Kelsen.

cundarias o derivadas, que son una consecuencia lógica de las anteriores (y establecen la prohibición de realizar el antecedente de la sanción). Pero esto no permite solucionar todos los problemas, pues en el Derecho aparecen con mucha frecuencia enunciados que no son fáciles de encajar en la estructura de la norma jurídica sugerida por Kelsen, es decir, enunciados que no prevén ninguna sanción y que tampoco pueden, por lo menos con facilidad, reconducirse a normas con sanción. Kelsen da varias soluciones para ello:

Por un lado, ampliar el concepto de sanción para no incluir en el mismo únicamente las sanciones penales; la indemnización y la nulidad son también, para Kelsen, supuestos de sanción. Así, por ejemplo, una norma que establezca una indemnización para el supuesto en que se incumpla un contrato o que declare nulo un testamento por haberse celebrado sin testigos serían también ejemplos de normas jurídicas genuinas.

Por otro lado, Kelsen admite que no todos los artículos, los enunciados que aparecen en los sistemas jurídicos, expresan por sí mismos una norma completa; muchos de ellos no serían más que antecedentes o fragmentos de auténticas normas. Por ejemplo, el artículo 8 del Código penal antes mencionado: «Están exentos de responsabilidad criminal: 1.º el enajenado y el que se halla en situación de trastorno mental transitorio...».

Críticas a Kelsen.

Sin embargo, las explicaciones de Kelsen resultan excesivamente artificiosas, de manera que se han dirigido a su concepción diversas críticas entre las que destaca la de Hart. En efecto, si se acepta la teoría de Kelsen sería muy difícil, si no imposible, llegar a formular una norma jurídica completa. Kelsen, además, parece contemplar el Derecho desde el punto de vista del transgresor de la norma, olvidando que, en muchos casos, el Derecho (el contenido de las normas) resulta íntimamente aceptado por sus destinatarios. Y, lo que constituye la crítica más importante, la concepción de Kelsen no permite explicar las normas que confieren potestades (los permisos), centrándose especialmente en las que establecen obligaciones y prohibiciones. Por ello, Hart acepta que el Derecho puede considerarse como un conjunto de normas, pero de diversos tipos. Para Hart, en un sistema jurídico desarrollado cabe distinguir dos tipos fundamentales de normas: primarias y secundarias (la coincidencia terminológica con la clasificación de Kelsen no lo es concep-

Normas primarias y secundarias, según Hart.

tual). Las *normas primarias* o básicas son las que prescriben que los seres humanos hagan u omitan ciertos actos, lo quieran o no. Las *normas secundarias* son normas de segundo grado, es decir, normas que se refieren a las primarias, y que pueden clasificarse en: *normas de reconocimiento* (como el artículo 1 del Código civil español), las cuales establecen qué normas pertenecen al sistema, es decir, forman parte del Derecho; *normas de cambio*, que indican cómo se pueden modificar y crear nuevas normas y quién puede hacerlo (por ejemplo, el artículo 167 de la Constitución); y *normas de adjudicación o de aplicación*, que establecen los órganos que deben decidir si se ha infringido o no una norma primaria (por ejemplo, el artículo 117 de la Constitución). Las reglas del primer tipo, según Hart, imponen deberes; las del segundo tipo, confieren potestades, públicas o privadas.

Tipos de enunciados jurídicos según Alchourrón y Bulygin.

En la crítica del normativismo de Kelsen, puede considerarse un paso todavía más allá el dado por los dos autores argentinos C. Alchourrón y E. Bulygin, para los cuales un sistema jurídico está integrado por enunciados de diversos tipos, algunos de los cuales ni siquiera son normas. Concretamente, en un sistema jurídico cabría encontrar: 1) Enunciados que prevén una sanción para el caso de incumplimiento de la conducta debida (artículo 413 del Código penal). 2) Enunciados (también normativos) que obligan, prohíben, facultan o permiten realizar u omitir algo, sin disponer sanciones (la mayoría de los artículos del Código civil). 3) Enunciados que no establecen ninguna conducta como obligatoria, prohibida, permitida o facultativa y que no son normas. En este apartado puede establecerse todavía una distinción entre: 3.1) enunciados que no son normas, pero que influyen en los efectos normativos de otros enunciados (por ejemplo, una definición legislativa —como la contenida en el artículo 1 del Código penal—); 3.2) enunciados que no tienen influencia alguna sobre las consecuencias normativas del sistema (por ejemplo, invocar la protección de Dios o el agradecimiento del pueblo al jefe del Estado —como el principio 11 de la extinta Ley de Principios del Movimiento Nacional—) y que, en consecuencia, deberían quedar eliminados del sistema.

Normas y principios.

Todavía hay que señalar la existencia de una importante tendencia de la teoría del Derecho contemporánea —especialmente la encabezada por R. Dworkin— la cual sostiene que un sistema de Derecho positivo no está integrado únicamente por normas (y definiciones), sino también por *principios*, esto es, por

en peligro al profesor). Concretamente, sin la existencia de una instancia que organiza y monopoliza el uso de la fuerza —es decir, sin el Estado— no puede entenderse el Derecho. En seguida lo veremos.

De la norma al ordenamiento jurídico.

Antes conviene extraer otra conclusión del análisis anterior, a saber: que el centro de interés en el estudio del Derecho no debe serlo tanto la norma como el ordenamiento jurídico, el conjunto de las normas jurídicas. Así es como lo ha entendido la teoría del Derecho posterior a Kelsen. Valga como ejemplo el caso de Bobbio, quien, en un trabajo de 1960, después de mostrar que no se puede definir el Derecho partiendo del punto de vista de la norma jurídica aislada, señala: «Lo que nosotros llamamos habitualmente Derecho es un tipo de ordenamiento normativo, más que un tipo de normas (...). Para definir la norma jurídica bastará con decir que norma jurídica es aquella que pertenece a un ordenamiento jurídico».

1.5. Derecho y Estado. Derecho y poder

Al tratar del problema de la ambigüedad de «Derecho» hemos considerado —en cierto modo, seleccionado— una de sus acepciones, el Derecho en su sentido objetivo, el Derecho como conjunto de normas, y luego se ha procurado aclarar la noción de norma. En lo que respecta a la vaguedad intensional de «Derecho» (en cuanto conjunto de normas), la nota de coactividad parece ser fundamental, aunque no agote toda la intensión del concepto. Finalmente, en cuanto a la vaguedad extensional, el concepto de «Estado» (vinculado, naturalmente, a la idea de coacción, de fuerza) nos permite distinguir, hasta cierto punto, los casos claros de aplicación de la expresión «Derecho» (las reglamentaciones respaldadas por el poder del Estado) de los casos oscuros (el Derecho internacional, el Derecho de las sociedades primitivas, el Derecho canónico).

Vaguedad extensional de «Derecho».

El concepto de «Estado».

Ahora bien, como hemos insinuado anteriormente, el concepto de «Estado» no es precisamente un concepto simple y claro (en 1931, un autor había coleccionado hasta 145 definiciones distintas [Pérez Royo, 1980]) e incluso da la impresión de que muchos de los problemas que suscita son paralelos a los que ha-

enunciados que establecen objetivos, metas, propósitos sociales, económicos, políticos, etcétera *(directrices)*, y exigencias de justicia, equidad y moral positivas (*principios* en sentido estricto). Estos enunciados (por ejemplo, el artículo 9, apartado 2 o el artículo 14 de la Constitución española) no serían propiamente normas, en la medida en que no están determinadas con precisión las condiciones de su aplicación, pero juegan un papel importante a la hora de establecer, por vía interpretativa, el significado de las normas del sistema. Dworkin entiende que mantener la tesis de que el Derecho está integrado por principios (y no sólo por normas) es incompatible con el positivismo jurídico (en particular, con el positivismo jurídico hartiano), que parte de la separación entre el Derecho y la moral (distinción que no siempre puede hacerse al nivel de los principios) y de la existencia de una regla de reconocimiento que establece cuáles son los enunciados que forman parte del Derecho positivo (y que no serviría como criterio de reconocimiento de los principios). Ambas líneas de crítica son, empero, discutibles. Carrió (1970 y 1981), aceptando la concepción de Hart, ha insistido en que los principios a que alude Dworkin podrían ser considerados como normas del sistema, siempre y cuando satisfagan los criterios de la regla de reconocimiento (la postura de Carrió presupone la ampliación del concepto de norma, para poder incluir en el mismo pautas de conducta de carácter muy general). Y, por otro lado, la tesis de la separación entre el Derecho y la moral —tal y como la defiende Hart y, en general, el positivismo jurídico contemporáneo— no implica una separación *absoluta*, como parecen haber pensado Dworkin y algunos comentaristas de su obra. Sobre esta última cuestión y sobre las relaciones entre los principios y los valores se volverá más adelante.

La crítica de Dworkin al positivismo jurídico.

En todo caso, algo que parece indiscutible es que la sanción no puede encontrarse en todos y cada uno de los enunciados jurídicos (ni siquiera en todas y cada una de las normas jurídicas), lo que no implica negar que la posibilidad —y el hecho— de recurrir a la fuerza física sea una condición al menos necesaria para poder hablar de Derecho. Se puede decir que la coacción es un requisito que se predica del ordenamiento jurídico en su conjunto, no de cada uno de sus elementos integrantes; del todo, no de cada una de las partes (de la misma manera que se puede afirmar que una clase —de estudiantes— es ruidosa o peligrosa, aunque existan estudiantes callados y que no ponen

Todos los enunciados jurídicos no son coactivos.

bíamos encontrado al tratar del concepto de «Derecho». Esto nos plantea, desde luego, serias dificultades. Por ejemplo, la existencia o no de Derecho en todas las sociedades primitivas —que es una cuestión debatida en la antropología— difícilmente puede aclararse a partir del concepto de «Estado», cuando resulta que tampoco hay acuerdo sobre si el Estado ha existido siempre (es decir, a través de todos los niveles sociales y culturales de la humanidad) o bien el término «Estado» debe reservarse para el caso de las sociedades relativamente complejas, las cuales cuentan con un centro de autoridad concentrada que dispone de un monopolio de instrumentos coercitivos para hacer cumplir las disposiciones de esa autoridad. Nosotros aceptaremos aquí esta segunda hipótesis, no porque esté más de acuerdo con la «esencia» del Estado, sino por juzgar inconveniente operar con un concepto desmesuradamente amplio de «Estado», de manera que consideraremos al Derecho y al Estado como fenómenos doblemente históricos: son fenómenos que varían en el espacio y en el tiempo, y que no han existido siempre (ni quizás existirán en todos los tipos de organización social que se conozcan en el futuro). El Derecho y el Estado sólo aparecen en aquellas sociedades en las que surge un cierto tipo de conflicto social para cuya resolución o atenuación se requiere la existencia de normas cuya eficacia sólo puede asegurarla el uso masivo e institucionalizado de la fuerza física. Según esto, no diremos que existe Estado, ni en consecuencia, Derecho, aunque sí normas sociales, por ejemplo, entre los grupos de bosquimanos constituidos por cazadores que se agrupan en comunidades de cincuenta a cien individuos, donde todos se conocen personalmente, las decisiones surgen de una charla informal y el jefe no posee medios coactivos para obligar a los otros a aceptar sus deseos (Mair). Pero el Derecho y el Estado sí que parecen haber acompañado siempre a las formas de organización social más complejas y conflictivas, que surgen con la práctica generalizada de la agricultura y la primera organización de la sociedad en clases. Históricamente, el Estado (lo que aquí entendemos por tal) surgió de manera independiente en diversos lugares y momentos, pero siempre en el contexto de un nuevo tipo de organización social (nuevo en relación con el de las comunidades primitivas) que suele recibir el nombre de «modo de producción asiático», «despotismo hidráulico» o «sociedades tributarias». Un ejemplo de este tipo de organización es el Estado y el Derecho del antiguo Egipto o de Mesopotamia.

Derecho y Estado son fenómenos históricos.

Origen del Estado.

Modos de producción y tipos de organización jurídico-política.

La concepción marxista de la historia distingue diversos tipos de organización jurídico-política que se corresponden con otros tantos modos de producción que habría conocido la historia de la humanidad. Establecida la precisión de que no se trata de una sucesión de tipo cronológico, sino de tipo lógico (con ello no quiere decirse, pues, que todas las sociedades hayan pasado o deban necesariamente pasar por todas estas fases), dichos estadios serían los siguientes: 1) el modo de producción de las comunidades primitivas; 2) el modo de producción asiático; 3) el modo de producción antiguo o esclavista; 4) el modo de producción feudal; 5) el modo de producción capitalista. Sin necesidad de adherirse al marxismo, muchos autores parecen estar de acuerdo en que con respecto a las comunidades primitivas no puede hablarse siempre de Estado y de Derecho, sino que parecen haber existido ciertas formas de transición (la zona de penumbra), y de ahí el empleo de expresiones como «política sin Estado» (Mair), «Estados nacientes» (Krader), «Derecho rudimentario» (Hoebel), etc.; además, es preciso aceptar que existen diferencias muy considerables en cuanto al tipo de organización social vigente en estas comunidades, lo que impide que pueda hablarse de un modelo único. Igualmente, parece aceptarse que el Derecho moderno —de la sociedad burguesa capitalista— presupone el Estado moderno, esto es, una forma de organización política que surge en el Renacimiento y se caracteriza por la concentración y monopolización del poder político. Los autores marxistas consideran además que en el sistema capitalista, el poder político (a diferencia de lo que ocurría en los modos de producción precapitalistas) no es en sí mismo una relación de producción; es decir, las relaciones de producción y las relaciones políticas no coinciden de manera inmediata: el *Estado* se separa de la *sociedad civil*. Así, pues, el Derecho moderno aparece, por un lado, como el conjunto de normas procedentes o respaldadas por el Estado y, por otro lado, como un orden normativo que presupone la libertad e igualdad de los sujetos, considerados como miembros del Estado (no en cuanto pertenecientes a la sociedad civil). En el capítulo tercero, al tratar de la concepción de la justicia en Marx, se desarrollarán estas ideas.

El Derecho y el Estado modernos.

Estado y sociedad civil.

El concepto de «Derecho» y de «Estado» son, pues, «conceptos conjugados» (Bueno), que no pueden comprenderse el uno separado del otro. Pero esta conexión se acentúa todavía más con la aparición del Estado moderno, en cuanto órgano que mo-

nopoliza el uso legítimo de la fuerza física. Como dice Bobbio (1982), el Derecho y el Estado vienen a ser aquí dos lados de la misma medalla: el Derecho se considera desde el punto de vista del Estado como el conjunto de normas que proceden de éste; y el Estado desde el punto de vista del Derecho: el poder del Estado (idea del Estado de Derecho en sentido amplio) es legítimo porque es un poder sometido a Derecho.

Pluralismo jurídico.

Sin embargo, Derecho y Estado no son conceptos coextensivos (ni, desde luego, cointensivos). De un lado, el llamado «pluralismo jurídico» ha puesto de manifiesto la existencia de fenómenos jurídicos no estatales: no sólo las costumbres, sino los contratos celebrados entre los particulares o muchas de las normas que rigen las relaciones laborales son, en principio, fenómenos ajenos al Estado, aunque quizá cabría decir que su carácter jurídico depende de que el Estado, de alguna manera, se los incorpore, los asuma como propios. De otro lado, parece existir actividad estatal (incluso en un «Estado de Derecho») que no es jurídica: el aparato estatal actúa muchas veces *fuera* del Derecho e incluso *en contra* del mismo, lo que no quiere decir que deje de ser Estado (Capella, 1980).

Derecho estatal y fenómenos jurídicos.

Algunos autores que han defendido últimamente el pluralismo jurídico (Carbonnier, Arnaud), es decir, la tesis de que todo el Derecho no emana del Estado, efectúan una distinción entre el Derecho en sentido estricto o Derecho estatal, objeto de estudio de la ciencia jurídica tradicional, y el fenómeno jurídico en su totalidad, en el que se incluyen fenómenos *infrajurídicos*, es decir, que no forman parte (o *todavía* no la forman) del Derecho positivo, del Derecho impuesto. Esta tesis puede resultar atractiva, en la medida en que parece ensanchar considerablemente el campo de lo jurídico, pero no está exenta de riesgos: por un lado, en cuanto la noción de Derecho se separa de la de Estado, aquélla se oscurece y puede decirse que desaparece la posibilidad de distinguir el Derecho de otros tipos de sistemas normativos (como las reglas del trato social o la moral social); por otro lado, el concepto de Derecho de los juristas —que se circunscribe, en general, a las normas emanadas del Estado— sería, según esta hipótesis, sustancialmente distinto del concepto de Derecho de los sociólogos y de los otros científicos sociales.

Derecho y poder político: iusnaturalismo y positivismo jurídico.

En la historia del pensamiento jurídico no se ha partido siempre de la existencia de una conexión necesaria entre el Derecho y el poder de aplicar la fuerza física (el Estado). La clá-

sica oposición entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico, de la que luego trataremos, obedece, en gran medida, a una distinta actitud respecto a ese punto: mientras que para los primeros la fuerza, la coacción, no es un elemento esencial para definir el Derecho (por el contrario, es esencial que se trate de una ordenación *justa* de la convivencia), para los segundos, y por emplear una frase famosa de Ihering, «el Derecho sin la fuerza es una palabra vacía», «una norma jurídica sin coerción es un fuego que no quema, una luz que no alumbra». Sin embargo, es preciso tener en cuenta que el iusnaturalismo racionalista de la época moderna ya había plantcado (aunque, si se quiere, de manera metafísica y ahistórica), la conexión entre el Derecho y el poder, que es especialmente patente en la obra de Hobbes. En general, todos estos autores aceptaron alguna teoría del pacto social que sirviera para explicar el paso del estado de naturaleza al estado de sociedad civil. Con la aparición del Estado, es decir, de un poder soberano que se fundamenta y surge con dicho pacto, los derechos naturales pasan a ser derechos civiles, derechos que gozan del respaldo del poder del Estado.

Entre finales del XVIII y comienzos del XIX tiene lugar una verdadera revolución en el pensamiento jurídico que se caracteriza por el paso del iusnaturalismo al positivismo jurídico (González Vicén). El Derecho no se entiende ya como un orden con validez para todos los tiempos y lugares (el Derecho natural), sino como un fenómeno histórico y social; en definitiva, como un fenómeno que no puede entenderse separado del poder, de la fuerza coactiva. Por otro lado, dentro del positivismo, esta conexión se ha entendido de maneras distintas (Bobbio, 1965). Para algunos —fundamentalmente para los positivistas del XIX como Ihering y Austin— se trataría de una *conexión externa*: el Derecho se considera como un conjunto de normas coactivas, de normas emanadas del poder del Estado, de tal manera que la fuerza se entiende como un *medio* para realizar el Derecho. Según otros —Kelsen, Olivecrona o Ross— la *conexión* sería de tipo *interno*: la fuerza pasa a ser aquí el contenido de las normas jurídicas; el Derecho no es ya (o no sólo es) un conjunto de normas garantizadas por la fuerza, sino un conjunto de normas que regulan el uso de la fuerza. Esta segunda concepción permite, entre otras cosas, explicar mejor las normas secundarias (las normas de organización dirigidas esencialmente a los funcionarios), muchas de las cuales son normas que no tienen estipulada una sanción, pero que regulan el

Conexión externa e interna entre Derecho y fuerza.

uso de la fuerza (por parte de los funcionarios y órganos jurídicos).

De todas formas, aunque no cabe duda de que si existe Derecho es porque existe la posibilidad (en general) de su imposición coactiva a los individuos que se desvían de las normas, también es cierto que hay un elevado número de individuos que aceptan la generalidad de las normas de manera espontánea. Es decir, el Derecho no está ligado exclusivamente al poder físico; no es sólo fuerza, sino también consenso. Otra cosa es que el consenso se pueda interpretar también como un fenómeno de poder.

Derecho y consenso.

En un sentido muy amplio, en efecto, por *poder* puede entenderse la producción de efectos buscados. Y cabe diferenciar dos tipos fundamentales de poder (Bobbio, 1982, 2): el poder sobre la naturaleza, es decir, el poder (científico o técnico) para modificar, utilizar y explotar los recursos naturales; y el poder sobre los otros hombres, el poder social (la capacidad para influir en los comportamientos de los otros). Dentro de este segundo tipo de poder cabe distinguir, a su vez, tres modalidades: el *poder económico*, que detentan quienes tienen la posesión de ciertos recursos escasos; el *poder ideológico*, es decir, el poder ejercido a través de las ideas, y el *poder político*, el que se detenta como consecuencia de la posesión de los instrumentos necesarios para ejercer la fuerza física. Este último es el poder coactivo en sentido estricto —en cierto modo, el poder supremo al que están subordinados los otros— y ya hemos visto que en las sociedades actuales tal poder —o mejor dicho, su ejercicio legítimo— es un monopolio del Estado. Sin embargo, es un hecho cierto que el Estado contemporáneo, como todo Estado en general, ejerce también un poder económico y un poder ideológico. Y lo mismo ocurre, naturalmente, con el Derecho. En particular, el fenómeno del consenso al que antes nos referimos es, esencialmente, una manifestación del poder ideológico.

Tipos de poder.

1.6. Derecho e ideología

Como no podía ser menos, el concepto de «ideología» exige también algunas aclaraciones para poder ser usado sin equívocos en relación con el Derecho.

En primer lugar, la noción de ideología es característicamente ambigua; es decir, existen dos significados distintos de «ideología» que pueden explicarse incluso históricamente (Marí). El término «ideología) (o «ideólogo») aparece en el período de auge de la ilustración francesa asociado al materialismo francés de los siglos XVII y XVIII. Destutt de Tracy (en el primer año del siglo XIX) entendía por «ideología» (que entonces era un término neutral) algo equivalente a «ciencia de las ideas». Años más tarde, cuando se produce la polémica entre la escuela de Destutt con Napoleón Bonaparte, este último atribuyó al término «ideología» (y a los ideólogos) un carácter despectivo, con lo cual ideología se hace sinónimo de pensamiento especulativo y abstracto. Y esta última es, precisamente, la noción que recoge Marx, para el cual «ideología» equivale a forma de conciencia deformada, a conjunto de ideas que deforman la realidad.

Ideología como sistema de ideas.

En resumen, la expresión «ideología» se utiliza hoy con dos significados distintos. Por un lado —y en un sentido no forzosamente peyorativo— las ideologías son los sistemas de ideas, las concepciones del mundo que funcionan como una guía para la acción en el terreno social, político, ético (en definitiva, en el campo de la razón práctica), así como la proyección que tales ideas tienen en la conciencia de los individuos. Por otro lado —es en esencia la acepción marxista— el concepto de ideología tiene un sentido esencialmente peyorativo: la ideología es un fenómeno de falsa conciencia. Es cierto, sin embargo, que en su utilización por Marx, el concepto sufrió alguna fluctuación. Así, mientras que en *La ideología alemana* (que es una obra de transición en el pensamiento de Marx y Engels) la ideología aparece asociada con el «pensamiento especulativo» y opuesta a la ciencia, en *El Capital* (su obra de madurez) lo que aparece tachado de ideológico es la tendencia, de los economistas, los juristas, etcétera, a convertir en absoluto e inmutable lo particular e histórico. Además, en el análisis marxista se pueden distinguir dos causas que provocan la aparición de la ideología (Quintanilla): 1) Una causa necesaria, la división del trabajo en intelectual y manual; la conciencia escapa, de esta forma, de la realidad, se cree por encima de ella y se produce, en definitiva, una desconexión entre la teoría y la praxis. 2) Una causa suficiente, a saber: la división de la sociedad en clases antagónicas; como consecuencia de ello, se produce la necesidad de asegurar el dominio de clase también en el terreno de las ideas —a través de la ideología— y de ahí que Marx llegue a afirmar que «las

Ideología como fenómeno de falsa conciencia.

Causas de la ideología.

ideas de la clase dominante son las ideas dominantes en cada época».

Ciencia e ideología.

En segundo lugar, el carácter ideológico puede predicarse de la manera de estudiar un objeto, es decir, de la ciencia, o bien del objeto mismo. Ninguna ciencia está completamente libre de ideología, en el sentido de que los juicios de valor, las pautas sociales y, en general, el «ambiente» social que envuelve la labor del investigador no puede separarse absolutamente de su actuación científica. Pero no cabe duda tampoco que hablar de ciencia significa hablar de conocimiento objetivo —aunque no de conocimiento absoluto o ahistórico— y que la influencia de la ideología es especialmente intensa en el campo de las ciencias humanas o sociales (incluida la ciencia del Derecho). Sin embargo, el ideal de un conocimiento puramente objetivo, neutral, es un aspecto esencial en el modelo de ciencia jurídica propuesto por H. Kelsen, el más importante jurista de este siglo. Su teoría *pura* del Derecho pretende establecer un conocimiento del Derecho sin ninguna contaminación de tipo ideológico (ética, política, etcétera). Desde otras concepciones ajenas a Kelsen o, sencillamente, postkelsenianas, se suele entender que en el discurso sobre el Derecho (y sin entrar todavía en la cuestión de si tiene o no entidad científica, que se deja para más adelante), los juicios de valor, los factores ideológicos (en un sentido muy amplio) cumplen un papel importante; en definitiva, que la «ciencia» del Derecho no es puramente descriptiva, sino también, en algún sentido difícil de precisar, prescriptiva. Es más, desde el punto de vista marxista, una pretensión como la de Kelsen se calificará a su vez de «ideológica», en cuanto enmascaradora, reductora o distorsionadora de la realidad que pretende estudiar.

Ideología y realidad.

Ahora bien, en el caso de las ciencias que estudian una realidad no natural, es decir, una realidad construida por el hombre, es posible pensar que los objetos de estudio, la realidad, son también ideológicos. Y esto, aplicado al Derecho, puede entenderse, a su vez, de una doble manera. En primer lugar, en el sentido de que el Derecho consiste, en todo o en parte, en ideas, sentimientos y emociones a los que cabe calificar de ideología. Así, por ejemplo, para Petrazhitsky (un jurista ruso-polaco que tuvo una cierta influencia en los primeros teóricos del Derecho soviéticos), el Derecho consistiría en los sentimientos éticos cuyas emociones tienen carácter atributivo, mientras que A. Ross, tratando de ofrecer una síntesis del realismo psicológico (escandinavo) y

del realismo conductista (norteamericano), entenderá el Derecho como las emociones psicológicas de los jueces que determinan su comportamiento futuro. Y en segundo lugar, puede entenderse también (es, de nuevo, la noción marxista de ideología) en el sentido de que el Derecho es un tipo de realidad —de superestructura— que oculta y deforma la auténtica realidad de las relaciones sociales. Pero, dicho esto, es preciso efectuar algunas aclaraciones.

El Derecho y el Estado como objetos ideológicos.

Para Marx, el ejemplo paradigmático de ideología es la religión. Las creencias religiosas tienen siempre un sentido ideológico, pues se trata de una forma deformada (invertida) de ver la realidad (aunque un objeto ideológico, como la religión, es susceptible de análisis no ideológicos: la historia, la sociología o la crítica de la religión; de la misma manera que un objeto en sí mismo no ideológico puede analizarse de manera ideológica: también en las ciencias naturales o formales pueden encontrarse deformaciones ideológicas). En sus primeras obras, Marx parece haber considerado al Derecho y al Estado como objetos ideológicos, ligados a las sociedades de clases y que, como la religión, estaban destinados a desaparecer en las sociedades no clasistas, en el comunismo. En sus obras de madurez, sin embargo, el Derecho y el Estado aparecen más alejados de la religión, en el sentido de que, aun teniendo una clara connotación ideológica, no pueden reducirse a ideología, y de ahí que, en sus últimas obras, Marx parezca haber abandonado la tesis de la extinción del Derecho y del Estado. En todo caso, la ideología, para Marx, no equivale sencillamente a error o engaño. La ideología tiene un aspecto de ocultamiento de la realidad (la religión, por ejemplo, *elude* la realidad, oculta el hecho de la explotación), pero también *alude* a ella, es decir, está de alguna manera conectada con la realidad (en la distinción del cristianismo entre el más allá y este mundo puede reconocerse la disociación entre el Estado político y la sociedad civil). De la misma forma, el Derecho y los conceptos jurídicos —como mantendrán los marxistas más conspicuos como Pašukanis— no son puras fantasías, engaños que no responden a ninguna realidad, sino que tienen un aspecto bifronte: en parte ocultan la realidad y en parte la reflejan.

Carácter elusivo y alusivo de la ideología en Marx.

Derecho moderno e ideología.

En *El Capital*, Marx dejó un ejemplo de análisis ideológico del Derecho que se ha hecho clásico. Según él, el contrato y el salario —en cuanto formas jurídicas básicas de la sociedad capitalista— permiten que la explotación aparezca, falsamente,

como un conjunto de relaciones presididas por la libertad y la igualdad. Desde el punto de vista de las apariencias jurídicas, los trabajadores y los empresarios son libres (pueden vincularse o no por un contrato) e iguales (el Derecho les concede la misma protección). Sin embargo, desde el punto de vista de las relaciones sociales (de la verdadera realidad) las cosas suceden de una manera muy distinta: el empresario, en cuanto parte más fuerte de la relación, impone sus condiciones al trabajador, que sólo es «libre» de morirse de hambre e «igual» al empresario en un sentido puramente formal; el salario oculta el hecho de la plusvalía, es decir, crea la apariencia de que todo el trabajo desarrollado por el trabajador es trabajo pagado, etcétera.

De nuevo sobre el Derecho y el consenso.

Este breve esbozo del concepto (o más bien de los conceptos) de ideología puede permitir entender mejor la relación entre el Derecho y el consenso. El Derecho no necesita imponerse siempre —ni, quizás, habitualmente— por la fuerza, en la medida en que sus normas reflejan ideologías vigentes socialmente o están de acuerdo con ellas. Y, por otro lado, el Derecho es también una instancia segregadora de ideología y de consenso: lo jurídico aparece como algo que asegura el orden, la paz, la justicia, algo que debe ser obedecido por el simple hecho de existir.

1.7. Iusnaturalismo y positivismo jurídico

El carácter ideológico del Derecho está también conectado con una importante dificultad que debe afrontarse para esclarecer el concepto de Derecho. Brevemente, el problema puede plantearse así: si el Derecho es un conjunto de normas coactivas respaldadas por el Estado, ¿quiere decirse con ello que es Derecho cualquier reglamentación de este tipo, con independencia de su contenido, es decir, con independencia de su grado de justicia o injusticia? ¿Es esencial al concepto de Derecho la noción de justicia? La respuesta básica de los autores iusnaturalistas fue expresada por san Agustín en términos que se han repetido innumerables veces: «Si de los gobiernos quitamos la justicia, ¿en qué se convierten sino en bandas de ladrones a gran escala?». Es decir, ¿cómo distinguir en otro caso el Derecho de las

órdenes respaldadas con amenazas? (¿Por qué no es Derecho el «impuesto revolucionario» de un grupo terrorista o el «canon de protección» de ciertas organizaciones mafiosas?)

Emotividad de «Derecho».

Si ahora tomamos de nuevo nuestro hilo conductor lingüístico, podemos decir que «Derecho», además de ser una expresión ambigua y vaga, adolece también de una fuerte carga de emotividad (Nino). En el lenguaje, en efecto, existen expresiones neutrales (en general, las que designan conceptos científicos) y expresiones que suscitan —estamos de nuevo situados en el plano pragmático del lenguaje— emociones, bien sean de carácter negativo o positivo. Al primer grupo pertenecerían términos como «fascista», «dictador» o «arbitrario», aunque siempre dependiendo del contexto en que sean utilizados. Al segundo grupo, «demócrata», «ecuánime» o «Derecho». En realidad, esta carga emotiva favorable de «Derecho» ya se había hecho notar en un apartado anterior, al indicar que en ciertas ocasiones «Derecho» podía traducirse por «justicia» o «justo». Las expresiones cargadas de emotividad corren el peligro de dar lugar a lo que Stevenson llamó *definiciones persuasivas* y que se producen cuando se cambia el significado descriptivo de una palabra, para aprovechar su emotividad favorable. Tal cosa ocurre, por ejemplo, cuando se utiliza la expresión «democracia» no para referirse a un tipo de gobierno basado en la ley de la mayoría, sino para aprovechar la emotividad favorable que suscita dicha expresión y conseguir así la adhesión de la gente; las definiciones persuasivas son, en cierto modo, definiciones estipulativas encubiertas. Y es muy posible que algo de esto ocurra también en las discusiones que han enfrentado a los iusnaturalistas y a los iuspositivistas a la hora de dar un concepto de Derecho. Especialmente en el caso de los autores iusnaturalistas, sus definiciones de «Derecho» no podrían interpretarse como operaciones técnicas de carácter instrumental y convencional, sino que de lo que parece tratarse, por el contrario, es de armarse de cara a una batalla ideológica que permita justificar o denigrar a un determinado orden al calificarlo o no de jurídico.

Definiciones persuasivas.

La polémica entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico puede analizarse a muchos niveles y desde diferentes perspectivas, de manera que ambos términos suelen usarse con significados muy distintos. A nosotros nos interesa ahora esta oposición clásica del pensamiento jurídico en cuanto referida al concepto de Derecho.

En este sentido, los autores iusnaturalistas, a lo largo de su

El concepto de Derecho iusnaturalista.

historia milenaria, parecen haber estado de acuerdo en afirmar: 1) Que además y por encima del Derecho positivo (de la ley humana) existe un Derecho natural, esto es, un conjunto de normas y/o principios válidos para todos los tiempos y lugares. 2) Que el Derecho (el Derecho positivo) sólo es tal si concuerda (al menos, en sus principios fundamentales) con el Derecho natural, es decir, si es justo. En otro caso, no pasa de ser «apariencia de Derecho», «corrupción de ley», etcétera.

Por el contrario, para los iuspositivistas, las afirmaciones básicas serían: 1) Que el Derecho es, simplemente, el (o, más bien, los) Derecho(s) positivo(s), entendiendo por tal los ordenamientos jurídicos vigentes en cuanto fenómenos sociales y variables históricamente. 2) Que, en consecuencia, la calificación de algo como Derecho es independiente de su posible justicia o injusticia.

El concepto de Derecho iuspositivista.

Es importante aclarar que la anterior caracterización no significa que se pueda identificar justicia con principios de Derecho natural, pues, ciertamente, existen concepciones de la justicia diferentes —y, en mi opinión, preferibles— a la iusnaturalista. En un capítulo posterior veremos de qué concepciones se trata. Tampoco conviene olvidar que el nivel en que nos hemos situado es el del concepto de Derecho. Si se considerase la cuestión desde el punto de vista de la justicia, por ejemplo, las respuestas de los autores iuspositivistas han seguido diversas vías: identificar Derecho con justicia, es decir, considerar que los únicos posibles criterios de justicia son los determinados por el propio Derecho, dando así lugar a un *positivismo ideológico* al que en ocasiones se ha negado —como hay que hacer si se acepta nuestra anterior caracterización— el título de positivismo; proponer diversas concepciones de la justicia desde las que poder valorar (como justo o injusto) el Derecho positivo; rechazar el problema de la justicia del Derecho como carente de sentido.

Si se plantea de esta forma el problema, me parece que la postura más razonable y fructífera consiste en aceptar el positivismo jurídico o, mejor dicho, el concepto de Derecho positivista. Las razones para ello podrían ser las siguientes: 1) Resulta más claro y fácil determinar de esta forma lo que sea Derecho que apelando a los criterios del Derecho natural; la historia muestra la persistente falta de acuerdo sobre lo que haya que considerar «natural» y, en consecuencia, Derecho. 2) El concepto positivista de Derecho está más acorde con el uso que se hace de «Derecho» en los diversos campos de las profesiones jurídi-

cas. 3) Esta postura permite la crítica al Derecho positivo mejor que la concepción iusnaturalista, pues parte de la distinción entre lo que *es* y lo que *debería ser* Derecho. 4) Como antes hemos visto, desde finales del XVIII o comienzos del XIX, tanto la ciencia como la filosofía del Derecho han partido de este concepto de Derecho. Ser hoy positivista jurídico, en el sentido indicado, es semejante a ser evolucionista en el campo de la biología: no se puede no serlo, aunque sea posible defender distintas teorías de la evolución (distintas teorías del positivismo jurídico).

Los autores iusnaturalistas, desde luego, han esgrimido muchos argumentos a favor de su tesis. A veces se han utilizado argumentos de autoridad (la «tradición iusnaturalista»), otras veces consideraciones ontológicas, políticas, lingüísticas, etcétera. Aquí nos limitaremos a examinar brevemente dos objeciones dirigidas contra el concepto de Derecho positivista.

El argumento etimológico.

En primer lugar, hay una tradición que se remonta al menos a Isidoro de Sevilla y que trata de justificar la existencia de una conexión esencial entre el concepto de Derecho y el de justicia apelando a su etimología común. En efecto, los dos términos que se utilizaban en latín para expresar dichos conceptos eran, respectivamente, «ius» y «iustitia»; y en castellano, por ejemplo, «justicia» tiene la misma raíz que otras expresiones que se utilizan como sinónimos (al menos, parciales) de «Derecho» («jurídico», «jurisdicción», «juez»). Este argumento (que hoy suele aparecer más bien en forma velada) descansa en una concepción equivocada del lenguaje y está ligado a la pretensión de dar una definición real y esencial —es decir, verdadera— de lo que es el Derecho, y que ya hemos criticado. No cabe duda de que conocer la etimología de las palabras es interesante, pues nos descubre sentidos que pueden haber quedado ocultos, pero la etimología no nos muestra la *esencia*, el verdadero significado de los términos (que, por lo demás, no existe). Como ya habíamos visto, la relación entre el significante y el significado de las palabras es convencional, varía históricamente y según el contexto. Hoy se puede practicar *nepotismo* (de *nepote*, sobrino) aunque sea con la propia mujer, pagar una sanción *pecuniaria* (de *pecunia*, ganado) aunque sea en metálico (Lyra), y ser un *histérico* («histeria» viene de una expresión griega que significa útero) de sexo varón (Capella, 1980); España no es lo mismo que «tierra de conejos» y Argentina no es ya un «país en donde abunda la plata».

De nuevo sobre la concepción esencialista del lenguaje.

Veamos ahora otra objeción al concepto positivista de De-

recho bastante más importante que la anterior y que podría formularse del siguiente modo. Si se parte de un concepto de Derecho en el que no exista ninguna referencia a la justicia o a la moral, se corre el grave riesgo de no comprender, o dejar de lado, aspectos sobresalientes del Derecho. Son ideas morales o de justicia las que determinan muchas veces la aparición de normas jurídicas o las que llevan a un juez a tomar una u otra decisión. El contenido de las normas básicas de cualquier Derecho es, en general, conforme con los principios y normas morales vigentes en el ámbito espacial y temporal en que opera un sistema jurídico. Suele afirmarse que existe un «mínimo ético» que debe respetar cualquier sistema jurídico, al menos si pretende ser duradero. Este mínimo ético (que seguramente no es adecuado denominar «Derecho natural» si se interpreta como variable históricamente) se ha entendido en ocasiones como un mínimo de contenido (por ejemplo, en Hart), pero otras veces se ha interpretado como una serie de principios formales o procedimentales, lo que ha llevado a hablar de un «Derecho natural procesal». Así, por ejemplo, para L. Fuller la existencia del Derecho —que en su concepción significa posibilidad de guiar la conducta humana— implicaría ciertos requisitos, como los siguientes: existencia de leyes *generales*; que estén *promulgadas* para que, en consecuencia, exista la oportunidad de que sean conocidas; que lo hayan sido previamente a su entrada en vigor (es decir, que no sean *retroactivas*); que sean *comprensibles*; que *no* sean *contradictorias*; que *no* establezcan mandatos *de imposible cumplimiento*; que tengan una cierta *permanencia* y, en consecuencia, no estén sometidas a cambios constantes; que su *aplicación* sea conforme con las normas declaradas, es decir, que *no* sea *arbitraria*.

¿Se pueden separar Derecho y justicia?

Ahora bien, aunque las anteriores consideraciones sean en buena medida ciertas, no hay razón para abandonar el concepto de Derecho positivista. 1) Por un lado, no hay que perder de vista que la moral —al menos en las sociedades complejas de nuestros días— es un fenómeno esencialmente pluralista: el Derecho refleja siempre algún tipo de moral, pero lo cierto es que existen diversos códigos morales vigentes en una misma sociedad. En este sentido, postular la necesaria conexión entre el Derecho y la moral o que el Derecho es siempre «un punto de vista sobre la justicia» (Legaz) no pasa de ser, en el mejor de los casos, una afirmación vacía y, en el peor, una mixtificación del Derecho existente. 2) Por otro lado, los iuspositivistas contemporáneos,

Pluralismo moral.

Conexión necesaria o contingente entre el Derecho y la moral.

como Hart, dan una gran importancia a la conexión entre el Derecho y la moral (Hart, 1962 y 1979), pero interpretan que la misma no tiene un carácter necesario, sino *contingente*, en el siguiente sentido. Entre el Derecho y la moral existe una amplia zona de coincidencia que se explica por la existencia de ciertas reglas de conducta que toda organización social tiene que contener para ser viable (y asegurar así una base de consenso) y que es a lo que Hart llama «contenido mínimo de Derecho natural». Pero cuando se afirma que una determinada norma —situada, por ejemplo, en la zona común del Derecho y de la moral— tiene carácter jurídico, pertenece a un sistema jurídico, tal juicio no descansa en razones morales, sino que es el propio ordenamiento jurídico (o, si se quiere, su regla de reconocimiento) lo que le otorga validez jurídica. En definitiva, de lo que se trata es de mantener la distinción entre el concepto de validez y el de justicia y, en consecuencia, defender la posibilidad de que exista *Derecho injusto* o quepa hablar de él. En una importante y reciente obra, R. Dworkin ha tratado de efectuar —como antes se indicó— una crítica al positivismo jurídico (en particular al positivismo de tipo hartiano) que ha tenido una gran repercusión. Aunque se trata de una cuestión polémica, me parece que puede darse la razón a Carrió (1981) cuando afirma que, a pesar de todo, la nueva teoría de Dworkin sigue siendo positivista en cuanto que, al igual que Hart, acepta que las reglas moralmente inicuas pueden ser Derecho (es decir, acepta también la «tesis de la separación»). 3) Finalmente, parece que una cosa es afirmar que un Derecho, o un sistema político, que no cumple con ciertos requisitos (por ejemplo, los indicados por Fuller) no tiene muchas posibilidades de perdurar, y otra afirmar que nunca existió como tal Derecho (Lloyd). Sin embargo, puede afirmarse que para poder hablar propiamente de Derecho, de que existe un sistema jurídico, las normas válidas (es decir, establecidas por procedimientos y órganos adecuados) también deben ser generalmente eficaces (lo que quizá no sea el caso de las órdenes dictadas por las bandas de ladrones); la eficacia es, pues, una condición de la validez. Ello, naturalmente, no excluye que en todos los sistemas jurídicos exista un número más o menos elevado de normas válidas pero no eficaces, en el sentido de que su contenido no se cumple y/o los tribunales no las aplican.

Derecho injusto.

Validez y eficacia de las normas.

1.8. Estructura, función y justificación del Derecho

El lector que haya examinado con atención el apartado anterior tal vez piense que hay una cierta contradicción en haber aceptado, por un lado, el concepto de Derecho positivista y en haber reconocido, por otro lado, que el Derecho no puede entenderse cabalmente si se dejan a un lado consideraciones de carácter sociológico o ético. Sin embargo, es posible que el mismo lector cancele la contradicción después de leer la afirmación siguiente: la concepción positivista del Derecho es acertada, pero unilateral; permite establecer criterios aceptablemente claros y operativos sobre los enunciados que integran el Derecho de X en un momento determinado, pero deja sin contestar otras muchas cuestiones. En este sentido, ser positivista no tendría por qué ser incompatible (pues están en planos distintos) con ser, al mismo tiempo, marxista o incluso iusnaturalista (en el caso de que el Derecho natural se entendiera únicamente como una concepción de la justicia del Derecho positivo). Este hecho permite también explicar ciertos aspectos de la polémica en torno al concepto de Derecho.

Límites del positivismo jurídico.

Tomemos tres conceptos clásicos de Derecho. El de santo Tomás: Derecho (ley) es ordenación de la razón, encaminada al bien común. El de Marx: el Derecho (y el Estado) es un instrumento de dominación de una clase sobre otra. Y el de Kelsen: el Derecho es un conjunto de normas coactivas. No cabe duda de que entre estos tres autores hay diferencias ideológicas e históricas más que suficientes para explicar que no hayan partido de la misma idea de lo que sea el Derecho. Pero hay algo más, y es que las diferencias son realmente tan notables (al menos en principio) que ni siquiera se tiene la impresión de que estén hablando de lo mismo. Dicho de otra forma, existe también una diferencia de *perspectiva* que interesa ahora resaltar: mientras que la definición de Kelsen aborda la cuestión de cómo está estructurado el Derecho, la de Marx incidiría sobre el problema de para qué sirve el Derecho, cuál es su función en la sociedad, y la de santo Tomás parecería contestar más bien a la pregunta de cómo debería ser el Derecho o de cuándo un Derecho es justo.

Tres conceptos de Derecho.

En otras palabras, uno de los problemas que plantea el concepto de Derecho es que preguntar qué es el Derecho —y no sólo la expresión «Derecho»— es algo sumamente ambiguo, en

Respuestas distintas para preguntas distintas.

cuanto que abarca al menos tres cuestiones distintas de las que conviene tener conciencia, aunque es dudoso que se puedan separar del todo en el análisis. En cualquier caso, no parece que se pueda encontrar una única respuesta para preguntas distintas, y también por este motivo una definición o un concepto de lo que sea el Derecho (cualquiera de los tres u otros semejantes) aparecerán siempre como insatisfactorios.

En este capítulo se ha abordado, fundamentalmente, el problema de cómo está estructurado el Derecho y de ahí que se haya prestado una atención preferente —aunque, de todos modos, insuficiente— al concepto de norma. En capítulos sucesivos deberemos ocuparnos de otras dos cuestiones o perspectivas que, hasta aquí, apenas hemos rozado, pero que son igualmente esenciales: el problema de las funciones del Derecho y el de los valores jurídicos.

Bibliografía

AGUSTÍN, SAN: *La ciudad de Dios*, en *Obras completas* (ed. bilingüe). Madrid, BAC, 1946-1959.

ALCHOURRÓN, C., y E. BULYGIN: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires, Astrea, 1974.

ARNAUD, A.: *Critique de la raison juridique. 1. Où va la sociologie du droit?* París, L.G.L.I., 1981.

BOBBIO, N.: *Teoria dell'ordinamento giuridico*. Turín, Giappichelli, 1960.

— «Derecho y fuerza» (1965), en *Contribución a la teoría del Derecho* (introducción y traducción de A. Ruiz Miguel). Valencia, Fernando Torres, 1980.

— Voz «Derecho», en *Diccionario de política*, dirigido por N. Bobbio y N. Matteucci. Madrid, Siglo XXI, 1982.

— Voz «política», en *Diccionario de política, ob. cit.*

BUENO, G.: «Conceptos conjugados», en *El Basilisco*, núm. 1, Oviedo, 1978.

BUNGE, M.: *La investigación científica*. Barcelona-Caracas-México, Ariel, 1980[7]. Todo el planteamiento del problema de la definición, así como el análisis de la ambigüedad y de la vaguedad se basa en esta obra.

CAPELLA, J. R.: *Dos lecciones de Introducción al Derecho.* Universidad Central de Barcelona, 1980.
— *Sobre el discurso jurídico. 1. La teoría general de las normas.* Universidad Central de Barcelona, 1982.
CARBONNIER, J.: *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho* (trad. de L. Díez-Picazo). Madrid, Tecnos, 1974.
CARRIÓ, G. R.: *Notas sobre Derecho y lenguaje.* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965 (reimpresión, 1973).
— *Principios jurídicos y positivismo jurídico.* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970.
— «Dworkin y el positivismo jurídico», en *Cuadernos de «Crítica»*, núm. 16. México, Instituto de investigaciones filosóficas, UNAM, 1981.
COSSIO, C.: *La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad.* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964².
DÍAZ, E.: *Sociología y filosofía del Derecho.* Madrid, Taurus, 1971 (2.ª ed. 1980).
DWORKIN, R.: *Los derechos en serio* (trad. M. Guastavino, estudio preliminar de A. Calsamiglia). Barcelona, Ariel, 1984.
FLAUBERT, G.: *Diccionario de los lugares comunes.* Buenos Aires, Tiempo, 1977.
FULLER, L. L.: *La moralidad del Derecho* (trad. F. Navarro). México, Trillas, 1967.
GARCÍA COTARELO, R., y otros: *Introducción a la teoría del Estado.* Barcelona, Teide, 1981.
GARDIES, J. L.: «Le rôle des prédicats complétifs en logique déontique», en *Informatica e Diritto*, núm. 2, 1983.
GARZÓN VALDÉS, E.: «Algunos modelos de validez normativa», en *Revista latinoamericana de filosofía*, vol. III, núm. 1, 1977.
GONZÁLEZ VICÉN, F.: *Estudios de filosofía del Derecho.* Universidad de La Laguna, Facultad de Derecho, 1979.
HART, H. L. A.: *El concepto de Derecho* (trad. de G. R. Carrió). Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963; reimpresión en Editora Nacional, México, 1980.
— «El positivismo jurídico y la separación entre el Derecho y la moral», en *Derecho y moral: Contribuciones a su análisis* (trad. G. R. Carrió). Buenos Aires, Depalma, 1962.
— «El nuevo desafío al positivismo jurídico», en *Sistema*, núm. 36. Madrid, 1979.
HOEBEL, E. A.: *The Law of Primitive Man.* Nueva York, Atheneum, 1979⁷.

IHERING, R.: *El fin en el Derecho*. Buenos Aires, Heliasta, 1978.
KALINOWSKI, G.: *El problema de la verdad en la moral y en el Derecho* (trad. E. E. Marí). Buenos Aires, Eudeba, 1979.
KANTOROWICZ, H.: *La definición de Derecho* (trad. J. M. de la Vega). Madrid, Revista de Occidente, 1964.
KELSEN, H.: *Teoría general del Derecho y del Estado* (trad. E. García Maynez). México, UNAM, 1958².
— *Teoría pura del Derecho* (trad. de R. Vernengo de la 2.ª ed. alemana). México, UNAM, 1979.
KRADER, L.: *La formación del Estado*. Barcelona, Labor, 1972.
LEGAZ Y LACAMBRA, L.: *Filosofía del Derecho*. Barcelona, Bosch, 1979³.
LYRA, R.: *Para um direito sem dogmas*. Porto Alegre, Fabris, 1980.
LLOYD, D.: *Introduction to Jurisprudence*. Londres, Stevens and Son, 1972³.
MAIR, L.: *Introducción a la antropología social*. Madrid, Alianza Editorial, 1970.
MARÍ, E. E.: *Neopositivismo e ideología*. Buenos Aires, Eudeba, 1974.
MARTINO, A. A.: *La definizioni legislative*. Turín, Giappichelli, 1975.
MARX, K., y F. ENGELS: *La ideología alemana (1845-46)*. Montevideo-Barcelona, Pueblos Unidos-Grijalbo, 1974.
— «Prólogo» de la *Contribución a la crítica de la economía política* (1859), en Marx-Engels: *Obras escogidas*. Moscú, Progreso, 1971.
— *El Capital*, libro I (1867) (ed. de P. Scaron). Madrid, Siglo XXI, 1978.
MORRIS, CH.: *Fundamentación de la teoría de los signos*. México, 1958.
NINO, C. S.: *Introducción al análisis del Derecho*. Buenos Aires, Astrea, 1980; reimpresión, con prólogo de A. Calsamiglia, en Barcelona, Ariel, 1983. El apartado «Derecho y normas» sigue de cerca la exposición de Nino (cap. II).
PAŠUKANIS, E. B.: *Teoría general del Derecho y marxismo* (trad. y presentación de V. Zapatero). Barcelona, Labor, 1976.
PECES-BARBA, G.: *Introducción a la filosofía del Derecho*. Madrid, Debate, 1983.
PÉREZ ROYO, J.: *Introducción a la teoría del Estado*. Barcelona, Blume, 1980.

QUINTANILLA, M. A.: *Ideología y ciencia.* Valencia, Fernando Torres, 1976.

ROBINSON, R.: *Definition.* Oxford, Oxford University Press, 1954.

RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M.: *Marx y el problema de la ideología.* Madrid, Tecnos, 1972.

ROSS, A.: *Sobre el Derecho y la justicia* (trad. de G. R. Carrió). Buenos Aires, Eudeba, 1963.

SCARPELLI, U.: *Il problema della definizione e il concetto di diritto.* Milán, Nuvoletti, 1955.

WRIGHT, G. H. VON: *Norma y acción. Una investigación lógica* (trad. P. García Ferrero). Madrid, Tecnos, 1970.

2. LAS FUNCIONES DEL DERECHO

2.1. Importancia del análisis funcional del Derecho

Al final del capítulo primero hemos visto cómo es posible responder a la pregunta sobre qué es el Derecho de distintas maneras, según se adopte una perspectiva estructural (¿cuáles son los componentes del Derecho?, ¿qué relaciones guardan entre sí?), funcional (¿qué funciones cumple el Derecho?, ¿para qué sirve?) o valorativa (¿cómo debería ser el Derecho?, ¿cuándo un Derecho es justo?). Naturalmente, ello no debe hacer pensar que, dentro de cada una de estas perspectivas, la pregunta encuentra una respuesta unívoca. También hemos visto en el capítulo anterior que existe un amplio consenso en considerar al Derecho esencialmente como un conjunto de normas, pero importantes diferencias de opinión a la hora de determinar lo que debe entenderse por norma jurídica y de precisar las conexiones de las normas con otros elementos como la fuerza, la ideología o la moral. Ahora veremos cómo, respecto a las funciones del Derecho, existe acuerdo en considerar que éste es un medio de ordenar la conducta humana, pero importantes diferencias a la hora de interpretar cuál es el sentido de esa ordenación: ¿tratar de conservar a toda costa una estructura social determinada o posibilitar su transformación?, ¿hacer posible la paz social o establecer y mantener un tipo de organización social basada en la fuerza y en la imposición de unos grupos o clases sobre otros?, etcétera.

De la estructura a la función.

Suele afirmarse que la teoría del Derecho ha tendido, hasta fechas muy recientes, a privilegiar los aspectos estructurales del Derecho en detrimento de los funcionales. Ello es cierto, pero sólo hasta un determinado punto. La filosofía del Derecho

ha tratado de contestar, desde siempre, a esta cuestión aunque en general, desde una perspectiva que no es la que aquí adoptaremos. Por otro lado, el aspecto funcional estaba también presente —aunque insuficientemente desarrollado— en la obra de uno de los juristas más importantes del siglo pasado, R. Ihering. Kelsen tenía plena conciencia de que el Derecho, en cuanto conjunto de normas, no era otra cosa que una técnica de organización social, un orden de la conducta humana. El elemento funcional es todavía más relevante, como luego veremos, en la obra de H. Hart. Y, en fin, uno de los autores de los que nos hemos ocupado en el capítulo anterior, el estadounidense L. Fuller, parte de un concepto de Derecho eminentemente funcional: el Derecho en cuanto guía de la conducta humana.

Análisis funcional y marxismo.

Pero el análisis funcional del Derecho es, sobre todo, característico de los enfoques sociológicos. Y de ahí que la perspectiva funcional haya sido la que tuvo presente esencialmente Marx (entre otras cosas, uno de los fundadores de la sociología moderna) en la medida en que se ocupó del Derecho, así como los autores marxistas. La primera aportación importante del pensamiento jurídico soviético es la obra de P. I. Stučka, escrita en 1921 y que llevaba el significativo título de *La función revolucionaria del Derecho y del Estado*. Frente a la «concepción burguesa del Derecho», que hace de la norma su concepto fundamental, la «concepción jurídica clasista», es decir, marxista, insistirá sobre todo en el concepto de «relación social», «interés de clase», «extinción del Derecho», etcétera; así, la definición del Derecho de Stučka es la siguiente: «el Derecho es un sistema (u ordenamiento) de relaciones sociales correspondiente a los intereses de la clase dominante y tutelado por la fuerza organizada de esta clase». La preocupación por la función del Derecho es igualmente dominante en otra dirección del pensamiento jurídico marxista, representada por la obra del jurista austríaco K. Renner, *Las instituciones del Derecho privado y su función social*, que data de 1904, aunque su versión definitiva es de 1929. Renner, discípulo del fundador del socialismo jurídico, K. Menger, se plantea en esta obra cómo es posible que, sin cambiar los contenidos ni las concepciones de las instituciones jurídicas —sobre todo de la propiedad— su función social pueda haber sufrido no obstante una transformación profunda. En otras palabras, cómo se ha producido la transformación del Derecho civil en Derecho *social*. En general, cabría decir que, desde un punto de vista genéricamente marxista, una concepción

del Derecho como la de Kelsen es inadecuada ante todo porque es incompleta, pues no permite captar la función social e histórica del Derecho. Por lo demás, se ha subrayado muchas veces que la definición de Derecho de Vyšinsky —el teórico oficial del Derecho en la época de Stalin— es perfectamente compatible con la de Kelsen. En realidad, una definición de Derecho que puede aceptarse como característica del punto de vista marxista, podría consistir en considerar que el Derecho (o, al menos, los sistemas jurídicos de las sociedades capitalistas) es un conjunto de normas coactivas que utilizan el poder del Estado para asegurar la dominación de una clase sobre otra (función de dominación), al tiempo que enmascaran el hecho de la explotación capitalista (función ideológica); es decir, el elemento diferencial, específico, del Derecho no estaría tanto en la estructura como en la función.

Función de dominación y función ideológica del Derecho.

Sin embargo, por diversas razones la influencia del pensamiento de Marx en la ciencia jurídica moderna no ha sido importante, o al menos no lo ha sido hasta una fecha reciente. Y otro tanto habría que decir con respecto al pensamiento sociológico en general. Por eso, Bobbio (1980, 1) ha podido escribir que la ciencia del Derecho del XIX, y hasta hace muy pocos años, se centró en el análisis estructural del Derecho, sin preocuparse mucho por su dimensión funcional. Y a la hora de explicar el gran interés que últimamente parece haberse despertado por el análisis funcional del Derecho, indica los siguientes factores:

Interés por el análisis funcional del Derecho.

— El desarrollo de la sociología del Derecho, en particular después de la segunda guerra mundial. Para Bobbio, como para muchos otros autores, el tema central de la sociología del Derecho es el de las relaciones entre el Derecho y la sociedad, es decir, el tema de las funciones sociales del Derecho; mientras que la ciencia del Derecho en sentido estricto se ocuparía fundamentalmente de la estructura del Derecho. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que del mismo modo que cabe un análisis funcional del Derecho no sociológico, la sociología del Derecho —como la sociología en general— no se ocupa únicamente del problema de la función, sino también del de la estructura social. Por lo demás, ambos elementos (estructura y función) suelen verse como interrelacionados, aunque el acento puede ponerse en uno u otro: así, el paradigma dominante en sociología ha pasado del estructuralismo funcionalista de T. Parsons al funcionalismo estructural de N. Luhmann.

Desarrollo de la sociología del Derecho.

Pérdida de función del Derecho.

— La llamada «pérdida de función del Derecho» en las sociedades contemporáneas. Con ello, Bobbio alude a la tendencia que parece existir en las sociedades tecnológicamente avanzadas a suplir el control social realizado tradicionalmente a través del Derecho (un control *coactivo* y *a posteriori*) por otras técnicas alternativas: *a*) frente al control jurídico realizado mediante el empleo de la fuerza física, cada vez parecen cobrar más importancia técnicas que no se basan propiamente en la fuerza física, sino en el poder ideológico, como son los medios de comunicación de masas, la propaganda, etcétera; *b*) paralelamente, más que a reprimir comportamientos no deseados una vez que éstos se han producido, la sociedad moderna se orienta, a través de la utilización del conocimiento aportado por las ciencias sociales —sociología, psicología, etcétera—, a prevenirlos (de la misma manera que, frente a una medicina curativa, se desarrolla una medicina preventiva que es cada vez más importante). Ahora bien, esta pérdida de función del Derecho es ciertamente relativa. Cuando se habla en esos términos no quiere decirse que el Derecho esté en un proceso de extinción o algo por el estilo. Todos estos nuevos sistemas de control necesitan, a su vez, ser regulados jurídicamente: un ejemplo importante de ello es la creciente utilización de los ordenadores en la sociedad, que ha llevado a plantear la necesidad de su regulación jurídica, dando así lugar a una nueva rama del Derecho y a una nueva disciplina jurídica: el Derecho de la informática. En la sociedad actual no sólo no se ha producido una disminución de la reglamentación jurídica, sino un aumento extraordinario de la misma. En conclusión, más que de *pérdida* de función del Derecho parece que habría que hablar de *cambio* de la función del Derecho en nuestras sociedades.

Funciones negativas del Derecho.

— La existencia de funciones negativas del Derecho. En los últimos tiempos parece haber adquirido fuerza la idea de que el Derecho no cumple sólo funciones positivas (resolución de conflictos, consecución de la paz social, etcétera), sino también funciones negativas, que es algo distinto del concepto de disfunción o mal funcionamiento. Es decir, no sólo se trata de que el Derecho sea disfuncional en cuanto que, por ejemplo, los tribunales cumplen mal su función —positiva— de resolver conflictos debido a la lentitud y carestía de la justicia, sino que lo que se pretende afirmar es que el Derecho cumple también ciertas funciones negativas: las cárceles no sólo funcionan mal, sino que su funcionalidad —y, por tanto, la del Derecho penal—

Disfunción y función negativa.

es negativa, en cuanto que son un factor de criminalidad; la existencia de la regulación jurídica contribuye a perpetuar una sociedad basada en relaciones desigualitarias y presididas por la fuerza, etcétera. Como luego veremos, postular que el Derecho cumple funciones negativas es característico de ciertas concepciones sociológicas (las concepciones conflictualistas), pero no de la concepción dominante en la sociología contemporánea (el funcionalismo).

Nuevas funciones del Derecho.

— La reciente aparición de nuevas funciones del Derecho como consecuencia, a su vez, de las nuevas funciones que asume el aparato estatal cuando se pasa de un Estado liberal, abstencionista, a un Estado social, intervencionista y benefactor. Entre otras, aparecen lo que Bobbio (1980, 2) denomina *función promocional* (incentivación de ciertos comportamientos mediante el establecimiento de premios, ventajas económicas, etcétera) y *función distributiva* (reparto de bienes económicos y de oportunidades sociales) del Derecho. Ahora bien, esto que era especialmente cierto cuando escribía Bobbio, a comienzos de la década 1970, parece serlo menos una década después; hoy la cuestión fundamental no es ya el paso del Estado liberal al Estado social, asistencial, sino la crisis de este último y, por así decirlo, la creciente privatización de lo público.

Función promocional y función distributiva del Derecho.

Con todas estas matizaciones, creo que se puede hacer la afirmación de que el reciente y creciente interés por el análisis funcional en el Derecho obedece a una exigencia real, y no a una simple moda: el Derecho de las sociedades contemporáneas plantea diversos problemas cuyo análisis exige la adopción de una perspectiva funcional que aparece, más que incompatible, como complementaria de la estructural. En cierto modo, esta tendencia estaba reflejada ya en la obra de Hart examinada anteriormente. El punto de vista de Hart sobre el Derecho es, esencialmente, un punto de vista estructural, pero su tipología de las normas jurídicas (que constituye el núcleo de su concepto de Derecho) sólo se entiende, en realidad, cuando se contempla funcionalmente: las normas primarias y las secundarias (y los distintos tipos de normas secundarias) no se distinguen tanto por su estructura como por su función: la de las normas primarias es la de guiar, en general, la conducta; la de las normas secundarias es una función de certeza (regla de reconocimiento), de cambio (normas de cambio) y de resolución de conflictos (normas de adjudicación o de juicio).

2.2. ¿Qué significa análisis funcional del Derecho?

Problemas de ambigüedad.

El análisis funcional del Derecho es una tarea interesante, pero sumamente compleja. Para empezar (y de esto, como de otras cosas, no tiene la culpa el autor de este libro), la pregunta por la función del Derecho es considerablemente ambigua: ¿se trata de averiguar *para qué* sirve el Derecho o *para quién* sirve?, ¿qué función cumple respecto a la sociedad o respecto a cada uno de los grupos o individuos que la componen?, ¿qué función cumple de hecho o qué función debería cumplir?, ¿qué función (o funciones) cumple o cómo la(s) cumple, o, incluso, quién (jueces, abogados, etcétera) las cumple...?

Para deshacer algunas de estas ambigüedades, se puede empezar por afirmar que lo que aquí nos interesa es la cuestión de las funciones que el Derecho cumple (no que debería cumplir) de cara a la sociedad (no, por ejemplo, respecto a los individuos, ni tampoco, o al menos, fundamentalmente, la función que una determinada norma o institución jurídica cumple en un contexto jurídico más amplio). Pero con ello, la pregunta no resulta todavía del todo clara: cuando se habla de «función social del Derecho» —como se ha observado (Ferrari, Gianformaggio)— todos los términos de la expresión (incluido el inocente «del») pueden asumir distintos significados. Seleccionemos algunos de los posibles.

Significados de «función social del Derecho».

— El término «función», tal y como se utiliza en las ciencias sociales, puede significar: *a*) la prestación de un determinado órgano al organismo (a la totalidad) de que forma parte (sentido organicista de función); *b*) la relación de dependencia o interdependencia entre dos o más factores variables (sentido matemático).

— Por «sociedad» puede entenderse: *a*) el todo social, es decir, la sociedad en su conjunto; *b*) alguna institución o grupo social en particular.

— Finalmente, «Derecho» puede significar: *a*) el conjunto del ordenamiento jurídico; *b*) alguna institución o norma jurídica en particular.

Hay que insistir en que lo anterior no pretende ser un análisis exhaustivo de los significados que pueden adoptar estos términos en el contexto de la expresión «función social del Derecho». Por ejemplo, «Derecho» podría interpretarse ya en el sen-

tido de un ordenamiento jurídico en concreto, ya indicando el ordenamiento jurídico en abstracto (cualquier ordenamiento jurídico). Por otro lado, cabría distinguir entre las funciones del Derecho *privado* y del Derecho *público*, etcétera. Limitándonos a los sentidos anteriores, y excluyendo otras posibles combinaciones, podemos convenir con Ferrari en que «función social del Derecho» puede entenderse, esencialmente, de dos maneras distintas. 1) Por un lado, con el significado de función (en sentido organicista) del Derecho (del ordenamiento jurídico) en la sociedad (en el todo social). Por ejemplo, cuando se afirma que el Derecho cumple una función de control social o bien una función de dominación. 2) Por otro lado, con el significado de función (en sentido matemático, o aproximadamente matemático) del Derecho (de alguna institución o norma jurídica) en la sociedad (en alguna institución social). Por ejemplo, cuando se discute si el divorcio contribuye o no al mantenimiento de la institución familiar. Si se afirma que el divorcio cumple esta función, lo que se quiere decir es que la pervivencia de la familia en las sociedades industrialmente avanzadas depende, entre otros posibles factores (es una variable dependiente), del reconocimiento del derecho al divorcio (que sería la variable independiente).

En el primero de los sentidos señalados, la función social del Derecho es objeto de análisis de naturaleza eminentemente teórica y conectados con algún tipo de filosofía social. En el segundo de los sentidos, la función social del Derecho es un tema de investigación de carácter eminentemente empírico y perteneciente a la sociología del Derecho (empírica); se trata, en definitiva, de investigar la eficacia *social* del Derecho: no si el Derecho, es decir, no si una determinada norma jurídica resulta o no aplicada u obedecida en la práctica jurídica (noción de eficacia del capítulo primero), sino cuáles son los efectos (sociales) de dicha norma. Desde luego, un planteamiento del primer tipo está mucho más expuesto a deformaciones (o, simplemente, a influencias) ideológicas que el primero pero, a cambio (y al ser más amplio), dice más acerca del Derecho (del concepto de Derecho) que el segundo. Vamos a ocuparnos a continuación de ambas cuestiones, aunque dedicaremos a la primera una atención preferente.

Eficacia y eficacia social del Derecho.

Tomada en el primer sentido que se acaba de delimitar, la pregunta por la función social del Derecho se responderá de manera distinta según se adopte una concepción funcionalista o

Concepción funcionalista de la sociedad.

conflictualista de la sociedad. La concepción funcional de la sociedad —que tiene sus orígenes en Durkheim y en Max Weber y sus representantes más caracterizados en autores como T. Parsons, W. Evans, H. Bredemeier, L. Friedman o N. Luhmann— parte de la consideración de la sociedad como un conjunto de elementos en equilibrio. La sociedad se concibe esencialmente como un *sistema*, compuesto por diversos elementos —instituciones— que se coordinan e integran entre sí con el fin de preservar y mantener la unidad de la sociedad, el orden social. La dificultad fundamental de los funcionalistas —según opinión generalizada— es que no dan cuenta del problema del conflicto y del cambio social o, al menos, le atribuyen un carácter secundario. Para los partidarios de la segunda concepción, cuyos representantes más destacados, pero no únicos, son los marxistas, la sociedad es esencialmente conflicto. Así, desde el punto de vista de Marx, la clave para comprender la historia de la sociedad es el conflicto, la lucha entre clases antagónicas; pero el conflicto no aparece como un elemento puramente negativo, sino como algo históricamente necesario, en cuanto instrumento para llegar a una sociedad sin conflicto (la sociedad comunista). Por tanto resulta una consecuencia casi necesaria que quienes adopten el primer punto de vista vean esencialmente en el Derecho un mecanismo (y, en general, el más importante) para conseguir o mantener el equilibrio social y, por tanto, para impedir o resolver los posibles conflictos, sin necesidad de alterar sustancialmente la estructura de la sociedad (los conflictos no son más que disfunciones que deben corregirse desde dentro del sistema), sino más bien conservándola. Mientras que, como es lógico, los partidarios de la segunda concepción tienden a ver en el Derecho un instrumento surgido del conflicto y que al mismo tiempo sirve para disimularlo y/o justificarlo: el Derecho es un medio para asegurar y ejercer la dominación de una clase sobre otra.

Concepción conflictualista de la sociedad.

Aplicación al campo del Derecho.

Desde luego, se puede aceptar la tesis de que en cualquier sociedad cabe descubrir tanto elementos de conflicto como de consenso (estabilizadores); pero, en ese caso, la discusión versaría acerca del predominio de unos u otros factores, y no diferiría mucho de la que antes hemos planteado. Dicho de otra manera, la contraposición entre concepciones conflictualistas y funcionalistas es seguramente imposible de eludir en cualquier investigación social (aunque ambas concepciones admiten grados diversos: se puede ser conflictualista radical, moderado, etcétera) y tiene además una enorme significación: aceptar el funcio-

nalismo implica también aceptar una concepción conservadora (uso el término en sentido descriptivo) de la sociedad y primar en el análisis la noción de sistema, de orden, etcétera; por el contrario, el conflictualismo es una concepción crítica de la sociedad (de la sociedad o sociedades a que hace referencia la teoría), para la cual las nociones fundamentales son las de poder, discontinuidad, contradicción... Sin embargo, esta última concepción ha tenido un desarrollo teórico sensiblemente inferior al de la primera.

2.3. El Derecho como sistema de control social

Quienes parten de una concepción funcionalista de la sociedad parecen estar de acuerdo en que la respuesta a la pregunta por la función social del Derecho es considerar a éste como un *sistema de control social*. Parsons, Bredemeier, Luhmann, Pound, Llewellyn, Rehbinder, Evan o Friedman pueden ser ejemplos de ello. Lamentablemente, tampoco el concepto de «control social» resulta transparente y cabe decir que, en parte, adolece de algunas de las dificultades que habíamos observado a propósito de «función social del Derecho». En este apartado trataremos de analizar dicho concepto.

Qué significa control social.

En primer lugar, es interesante tener en cuenta su origen (relativamente reciente) en el ámbito de la sociología norteamericana. Algunas de las dificultades terminológicas existentes en el uso del mismo derivan precisamente de la traducción de la expresión inglesa *(social control)* a otras lenguas. En castellano —y en general en las lenguas romances (Losano)— el término «control» parece tener el doble significado (no siempre fácil de separar) de *dirigir* y de *supervisar* algo (la conducta). Así, cuando N. Wiener definía la cibernética como la ciencia de la comunicación y del control en los seres vivos y en las máquinas, por «control» entendía algo más que supervisión; «control» lo utilizaba con el significado de guía o gobierno (que es el sentido etimológico de «cibernética», arte del gobierno de un buque). Consecuentemente, el órgano de control en un ordenador no sólo supervisa, sino que también guía, dirige, el funcionamiento del ordenador (es decir, «controla» en ambos sentidos).

Dirección y supervisión de la conducta.

Aplicado al Derecho, a veces se dice que es un sistema de control social en cuanto que supervisa el funcionamiento de las otras instituciones sociales, manteniendo el sistema social bien aceitado y resolviendo los conflictos (restaurando el equilibrio social). No obstante, en otros casos cuando se habla de que el Derecho es un sistema de control social se indica (además de lo anterior) que el Derecho cumple una función de dirección y guía de las conductas: el Derecho no es sólo un mecanismo de *integración,* sino también de *regulación* (Maihoffer). Desde luego sería útil reservar la expresión «control social» para referirse únicamente al primer sentido, pero, de hecho, los dos significados son difíciles de separar. Como los otros sistemas normativos de control social (la religión, la moral, las reglas del trato social), el Derecho (aunque operando en una forma y con una intensidad características) *integra y regula* el comportamiento de los miembros de una sociedad. La distinción, con todo, puede servir para aclarar la distinta función del Estado (y del Derecho) cuando se pasa del Estado liberal y abstencionista al Estado social e intervencionista. En el primer caso, la función del Estado y del Derecho es básicamente la de *supervisar* el funcionamiento de la sociedad (actuarían como un mecánico o un guardagujas respecto a la marcha del tren, la sociedad). En el segundo caso, el Derecho y el Estado cumplen también una función de *dirección* (se convierten, podríamos decir, en el maquinista del tren).

Control sobre las conductas en general o sobre las conductas desviadas.

En segundo lugar, otra ambivalencia del término «control social» que, sólo en parte, viene a coincidir con la anterior, deriva de que, en ocasiones, la actividad de control parece tener por objeto la conducta en general de los miembros de la sociedad; y, en este sentido, no sólo el Derecho, sino también la moral, la religión (las ideologías, en general), la educación, etcétera, y, en el fondo, todas las instituciones sociales son agentes de control social puesto que en alguna medida (ya sea supervisando, guiando o haciendo ambas cosas) determinan la conducta humana. Mientras que, en un sentido más restringido (por ejemplo, en el uso de Parsons y, en general, de la escuela funcionalista), el control social se limita al control de las *conductas desviadas.*

Socialización.

La llamada integración social comienza con el proceso de socialización (a través de la familia y de la educación) en el que el individuo aprende las pautas de comportamiento (normas y

valores) de la sociedad y las hace suyas, las interioriza. Como el proceso de socialización no es suficiente, se hace preciso (al menos en sociedades con un cierto grado de complejidad) que existan también unas instancias formales de control social (fundamentalmente, el Derecho) que deben actuar en el supuesto de que el comportamiento de los individuos (o de los grupos) no se conforme a las normas establecidas, sino que se *desvíe* de ellas. Aparece así el fenómeno de la desviación referido propiamente al comportamiento que se aparta de las normas que la sociedad considera como más importantes y frente al cual ésta debe reaccionar; pero comportamiento desviado no es lo mismo que comportamiento que simplemente varía con respecto al dominante en el grupo: la sociedad tolera diversas *variaciones* en el comportamiento de sus miembros que no considera como actos de desviación (por ejemplo, vestirse «llamativamente»). Por otra parte, como luego veremos, es posible pensar que la desviación cumple también (al menos, en parte) una función positiva. En todo caso, en la medida en que el Derecho presupone el fenómeno de la socialización (aunque también influye en él) puede entenderse mejor la existencia del consenso que, como hemos visto, acompaña necesariamente al Derecho: una parte importante, o, al menos, significativa, de las normas de un sistema jurídico no son otra cosa que la institucionalización (o, si se prefiere, la reinstitucionalización) de pautas que el sujeto ya «aprendió» en su proceso de socialización.

Desviación y variación.

Se han formulado muchas teorías para explicar la desviación. Una de las más conocidas e influyentes es la que enunció el sociólogo norteamericano Merton a finales de los años 1930, sobre las huellas de la teoría de la anomia de Durkheim. Según Merton, toda sociedad señala a sus miembros unos objetivos (metas e ideales) a alcanzar, así como unos medios lícitos para ello, pero desigualmente repartidos. De esta tensión entre «fines culturales» y «medios institucionales» surgen diversos tipos de respuestas, de comportamiento por parte de los miembros de la sociedad. Comportamiento *conforme* es el de los individuos que pueden realizar dichos fines sirviéndose de los medios establecidos por las normas (es el comportamiento de quien acepta, porque *puede* hacerlo, tanto los medios como los fines). En los otros supuestos, aparece el comportamiento *desviado* o *anómico* (contrario a las normas), que puede ser, a su vez, de diversos tipos: *a*) innovador: acepta los fines definidos socialmente, pero no los medios; *b*) ritualista: acepta los medios, pero rechaza los

Teorías de la desviación.

Merton.

Tipos de desviación.

fines; *c*) apático: no acepta ni los medios ni los fines; *d*) rebelde: se trata del supuesto anterior, pero cuando el individuo no se margina de la sociedad, sino que trata de cambiarla, de establecer nuevos fines y medios.

Críticas a Merton.

A la teoría de Merton se le han dirigido diversas críticas (Tomeo, Baratta, Bergalli). Aquí interesa señalar, en forma muy concisa, un par de ellas. 1) Dentro del esquema que hemos visto, el comportamiento delictivo (que es explicado —y esto es muy importante— por factores sociales, no individuales) aparece esencialmente como un tipo de comportamiento innovador. Tal explicación, sin embargo, no parece adecuada en relación con la denominada delincuencia de «cuello blanco», es decir, los delitos cometidos por quienes ocupan los puestos socialmente más importantes. Con respecto a estas personas, no es cierto que el sistema les «impulse» a cometer determinadas infracciones debido a su situación desventajosa desde el punto de vista del acceso a los medios lícitos para obtener el fin definido socialmente, en este caso el éxito económico. 2) En segundo lugar, el esquema de Merton presupone la existencia de un consenso social respecto a los fines y los medios, lo cual es congruente con una concepción funcionalista, pero incompatible con una concepción conflictualista de la sociedad.

Tres maneras de entender la desviación.

Ciertamente, la teoría de Merton no es la única forma de explicar la desviación. Desde un plano general, se pueden distinguir (Tomeo) tres formas distintas de entender la desviación: 1) La desviación como anormalidad estadística; si se concibe de esta manera, no parece posible diferenciar la desviación de la variación. 2) La desviación como violación de normas o de expectativas (es la concepción del propio Merton, de Durkheim o de Parsons). 3) La desviación como resultado de la atribución de un estigma. Esta última manera de entender la desviación (las teorías de la «reacción social» o del «*labelling approach*») ha adquirido en los últimos años una considerable importancia (Baratta). Según estos autores, comportamiento desviado sería el comportamiento etiquetado como tal; es decir, la desviación, la delincuencia, aparece explicada en el curso de la interacción que tiene lugar entre el comportamiento del sujeto y la reacción del grupo (fundamentalmente, de las instancias de control social); la desviación se entiende así, en esencia, desde el punto de vista del efecto estigmatizador que tiene la actividad de la policía, de los jueces, etcétera. Ahora bien, si esta última tendencia se exagera hasta el punto de prescindir de la norma al defi-

nir lo que sea desviación, cabe pensar que el propio concepto de desviación se disuelve (¿por qué calificar, en tal caso, a un determinado comportamiento como *desviado*?).

Conducta desviada y delito.

En todas las concepciones de la desviación, el prototipo de conducta desviada es el delito. Pero es posible considerar también como *desviadas* conductas que no caen dentro del ámbito de la delincuencia: el comprador que no paga el precio acordado incurre en comportamiento desviado, pues trunca las expectativas del vendedor, pero su conducta no es un delito (no es un delito penal, aunque sea un acto jurídicamente ilícito); por otro lado, las conductas socialmente desviadas no tienen por qué ser siempre conductas ilícitas desde un punto de vista jurídico, pues la desviación puede serlo también respecto a una norma moral, etcétera. En cualquier caso, cuando se afirma que el Derecho es un sistema de control de las conductas desviadas, se está pensando ante todo en el Derecho penal. Han sido precisamente los penalistas (o, con mayor exactitud, los criminólogos, quienes estudian el delito desde su vertiente social y psicológica) quienes más han utilizado y desarrollado el concepto de desviación.

Carácter relativo de «desviación».

También es importante tener en cuenta el carácter eminentemente relativo de este concepto. Un comportamiento que se desvía respecto a un determinado código normativo puede ser conforme respecto a otro: el divorcio, por ejemplo, es un comportamiento desviado con respecto a las normas de la Iglesia católica, conforme en relación con las del Código civil español, desviado en relación con las normas de la moral social vigente en ciertos estratos de la población española, y conforme en relación con la moral social dominante; lo que en un momento determinado era desviación (por ejemplo, el comportamiento revolucionario), poco tiempo después puede convertirse en comportamiento conforme, e incluso en un modelo de conformidad. Desde un punto de vista funcionalista, el carácter relativo del concepto de desviación se explica por el carácter dinámico y pluralista de las sociedades contemporáneas; para los conflictualistas, sin embargo, la explicación debería buscarse en la falta de intereses comunes y en la carencia de consenso a la hora de definir los fines y valores de una sociedad (lo que lleva, en cierto modo, a prescindir del concepto de desviación).

Ahora bien, también en este caso, la distinción entre los dos sentidos de «control social» que hemos efectuado (control respecto a la conducta en general, o bien respecto a la conducta

Socialización y control social.

desviada) puede no ser clara. Cuando Parsons trataba, por ejemplo, de restringir el concepto de control social a los supuestos de desviación, separaba el proceso de control social del proceso de socialización del individuo. Sin embargo, la causa de la desviación podría encontrarse precisamente en alguna falla en el proceso de socialización (cuya causa, a su vez, radicaría en la propia estructura social: por ejemplo, en el modo de producción), de manera que un control efectivo de la desviación exigiría medidas preventivas que operasen antes de que se produzca la desviación (en el proceso de socialización o, más allá, en el de la propia estructuración de la sociedad). Por otro lado, si el origen de la desviación (del delito) tiende a verse en términos generales, en la sociedad, y no en el individuo, esto significa que las instancias especializadas en el control social (por ejemplo, el Derecho penal), en cuanto que actúan sobre el individuo y no sobre la sociedad, resultan ineficaces (o, mejor dicho, el acto de control aparece como un acto de poder, carente de justificación). Pero ésta es otra cuestión, que aquí debemos dejar a un lado.

Funciones sociales del Derecho: fines y medios.

En tercer lugar, cuando hablamos del Derecho como sistema de control social (o, en términos más generales, de función social del Derecho), puede que nos estemos refiriendo a los *fines* que persigue el Derecho (mantener el equilibrio o la integración social, regular el comportamiento, etcétera) o, por el contrario, al Derecho en cuanto *medio* para conseguir esos fines (en este último sentido, el Derecho aparece como un sistema de control social *normativo* y *coactivo*). Y también en este caso pueden existir problemas para separar ambas nociones; los conceptos de «medio» y de «fin» están interrelacionados, de manera que un determinado «fin» puede a su vez ser «medio» respecto a otro «fin». Por ejemplo, la aplicación de la sanción puede verse como un medio para resolver conflictos; a su vez, la resolución de conflictos es un medio para el fin de la integración social, etcétera. Parsons, concretamente, considera que la función *primaria* de un sistema jurídico es una función integradora, consistente en «mitigar los elementos potenciales de conflicto y lubrificar el mecanismo de las relaciones sociales». Mas para conseguir esto, continúa Parsons, es preciso resolver cuatro problemas fundamentales que dan lugar a otras cuatro funciones *secundarias* del Derecho: legitimación, interpretación, sanción y

Funciones primarias y secundarias del Derecho, según Parsons.

aplicación. Las funciones secundarias del sistema jurídico son, en consecuencia, los medios para conseguir un único fin (la función primaria).

Funciones (fines) y técnicas (medios).

La distinción entre fines (funciones en sentido estricto) y medios (técnicas para el cumplimiento de esos fines) puede servir para aclarar algunos problemas conceptuales en el análisis funcional del Derecho. Valiéndose de esta distinción se ha podido afirmar (Gianfformaggio) que en las sociedades desarrolladas de hoy el Derecho cumple las funciones (fines) de: ordenar la sociedad y asegurar la paz; garantizar el ejercicio de derechos y libertades; promocionar o potenciar la autorrealización del individuo. Pero no cumpliría propiamente una función de represión; reprimir (en el contexto del «Estado moderno») no sería un fin, sino un medio para lograr otras cosas: el orden, la garantía de la libertad, etcétera. Así pues, los *fines* de mantener el orden, garantizar derechos y libertades y promover la autorrealización del individuo deben separarse de las *técnicas* de reprimir, vigilar y promover, que ni siquiera guardan con aquellos fines una relación unívoca; es decir: la técnica represiva no es la única que cabe usar para lograr el mantenimiento del orden, vigilar no es la única manera de garantizar los derechos y libertades, y promocionar comportamientos no es la única manera de promover la autorrealización del hombre. Parte de las dificultades con que tropieza lo que Bobbio ha llamado «función promocional del Derecho» derivan, precisamente, de que este autor parecería estar definiendo más que una *función* (en el sentido de un fin), una técnica.

De nuevo sobre la función promocional del Derecho.

Modos de ejercer el control: prevenir, promocionar, reprimir y premiar.

Si partimos de que la existencia de un Derecho presupone, como es lógico, una división fundamental de la conducta (jurídicamente relevante) en lícita e ilícita, podrá aceptarse con seguridad que el fin del Derecho (en un sentido muy abstracto) sea el de aumentar al máximo las conductas lícitas, deseadas, y disminuir las ilícitas, las indeseadas (la desviación); por otro lado —en relación con ambos tipos de conducta—, el Derecho puede actuar *a priori* o *a posteriori*, es decir, puede anticiparse o bien esperar a que se produzcan esas conductas. En resumidas cuentas, el Derecho (y, en general, cualquier sistema de control social) puede, teóricamente, operar de estas cuatro maneras: previniendo, reprimiendo, promocionando y premiando la conducta, según muestra el cuadro que insertamos seguidamente:

	A priori	*A posteriori*
Conductas indeseadas	PREVENIR	REPRIMIR
Conductas deseadas	PROMOCIONAR	PREMIAR

Tres nociones de sanción.

Veamos ahora algunas consecuencias que pueden extraerse de esto. 1) La clasificación no atiende al criterio de utilización de la fuerza, pero, en principio, la actuación sobre las conductas indeseadas puede llevar consigo el uso de la fuerza (física), mientras que la actuación sobre las conductas deseadas suele excluirlo. 2) El concepto de «represión» incluiría las sanciones penales (propiamente «represivas») y otras técnicas como la nulidad y la indemnización (es decir, cubriría toda la extensión del concepto de «sanción» en la teoría kelseniana). 3) El anterior cuadro permite distinguir tres nociones de sanción: *a*) en un sentido relativamente estricto, sanción es la consecuencia (negativa) de una conducta ilícita, indeseada (casillero superior derecha); *b*) en un sentido más amplio, sanción equivaldría a consecuencia de una acción (lícita o ilícita), de manera que cabría hablar de sanciones positivas (premios) y negativas (cubriría, pues, los dos casilleros de la derecha); *c*) finalmente, en un sentido amplísimo —pero no del todo inusual— sanción significaría condicionamiento (o regulación) de la conducta (y ocupa, entonces, los cuatro casilleros del cuadro). 4) En cualquier caso, el concepto de sanción tiene un relevante aspecto funcional (entendiendo aquí por función más bien una técnica que un fin) del que no se puede prescindir. Entender el Derecho —a la manera de Kelsen— como un conjunto de normas *coactivas*, lleva también a plantearse el problema de sus funciones, aunque quizás en una forma limitada.

Control sobre los ciudadanos y sobre los órganos jurídicos.

En cuarto y, para nuestros efectos, último lugar, la noción de control social puede resultar ambivalente según que el control del Derecho se refiera a la conducta de los ciudadanos en general, o bien a la conducta de las autoridades, de los órganos jurídicos. En general, puede decirse que las normas primarias (en el sentido de Hart) realizan el primer tipo de control, y

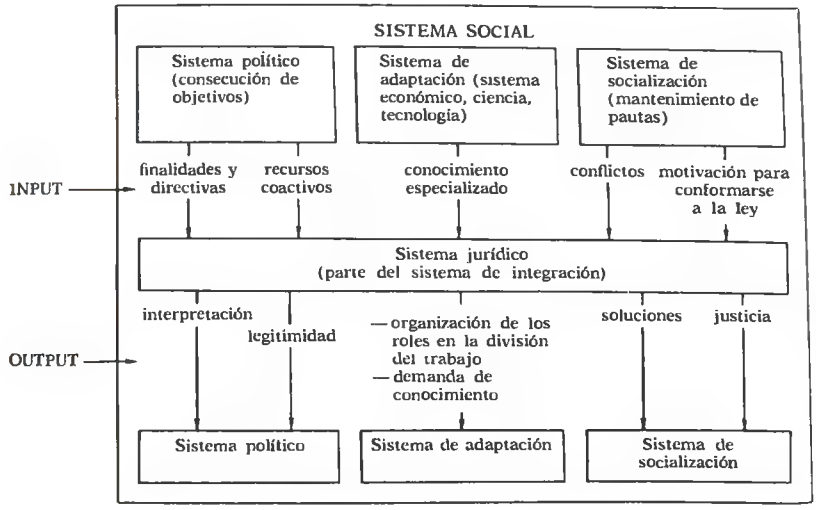
las normas secundarias el segundo. Ahora bien, el control de las normas primarias queda asegurado por la existencia de normas secundarias, de normas que establecen quienes pueden aplicar las normas primarias, interpretarlas, etcétera; pero el control que tendrían que realizar las normas secundarias (sobre la conducta de los órganos jurídicos) no puede asegurarse de esta manera, o al menos no puede asegurarse en el caso de los órganos supremos. Sin embargo, un aspecto central de la idea de «Estado de Derecho» consiste precisamente en postular el sometimiento de las autoridades al Derecho, el control que el Derecho ejerce sobre quienes detentan el poder público. Esto último puede tener lugar en dos formas distintas: *a*) haciendo que unos órganos o instituciones jurídicas controlen a otros: el legislativo controla al gobierno, el tribunal de cuentas controla el gasto público, el tribunal constitucional la constitucionalidad de las leyes, la organización piramidal de la justicia permite, en general, que los órganos superiores controlen a los inferiores, el jurado controla la actuación del juez, etcétera; *b*) permitiendo (o promoviendo) que las instituciones sociales controlen la actuación de los órganos jurídicos: la opinión pública, las fuerzas sociales, los grupos de presión, etcétera, controlan —en el sentido de que determinan o condicionan— los actos de creación y de aplicación de normas jurídicas (que será el único control cuando se trate de actos de órganos supremos: establecimiento de leyes por el parlamento, sentencias del tribunal constitucional, etcétera). Ahora bien, en el supuesto *a*), al ser unas instituciones jurídicas las que controlan a otras instituciones jurídicas, sólo cabría hablar de control *social* del Derecho en un sentido indirecto; y en el supuesto *b*), el control social no es *del* Derecho, sino *sobre* el Derecho, éste no es el sujeto, sino el objeto del control.

2.4. Funcionalismo y funciones sociales del Derecho

Considerar al Derecho como un sistema de control social puede ser equívoco, pero en todo caso implica adoptar una perspectiva de análisis muy abstracta que convendría especificar. Es decir, hay que pasar del análisis de la función social al de las funciones sociales del Derecho.

Funciones sociales del Derecho, según Bredemeier.

Como hemos visto, en Parsons hay ya un intento de esto, al distinguir entre funciones primarias y secundarias del Derecho. Inspirándose en la concepción general del sistema social de Parsons, H. Bredemeier ha formulado un análisis de las funciones sociales del Derecho, que arranca de las relaciones que mantiene el sistema jurídico (en cuanto parte del *sistema de integración* de la sociedad) con los otros sistemas (o subsistemas) sociales: el *sistema político* (de consecución de objetivos), el *sistema de adaptación*, de producción de medios instrumentales para hacer frente a los obstáculos que se interponen en la consecución de las metas del sistema (sistema económico, ciencia y tecnología), y el *sistema de socialización* (de mantenimiento de pautas). Del sistema político (del poder legislativo) el sistema jurídico recibe *(input)*, por un lado, finalidades y directivas y, por otro lado, la posibilidad de recurrir a la fuerza física; a cambio, el sistema jurídico proporciona *(output)*, respectivamente, interpretación (de las leyes) y legitimación. Del sistema de adaptación recibe conocimiento especializado a cambio de organización de los roles en la división del trabajo y demandas de conocimiento. Finalmente, del sistema de socialización recibe conflictos y motivaciones para conformarse a la ley, a cambio, respectivamente, de soluciones y de justicia (entendiendo por tal el sentimiento de que uno ha recibido lo que le correspondía). Todo ello puede sintetizarse en el siguiente esquema:



El planteamiento de Bredemeier puede ser criticado no sólo por el excesivo énfasis puesto en la función integradora del Derecho (crítica común a todos los autores funcionalistas), sino también porque identifica prácticamente Derecho con jurisdicción y deja a la legislación fuera del sistema jurídico; esta última tendencia a privilegiar el momento judicial del Derecho es una característica común de los sociólogos norteamericanos y parece tener bastante que ver con la tradición de EE. UU. de contemplar el Derecho desde el punto de vista del juez.

La concepción funcional-estructural de Luhmann.

Los autores funcionalistas que han escrito después de Bredemeier han seguido insistiendo en la función integradora del Derecho que es, por ejemplo, esencial en la concepción *funcional*-estructural de Luhmann. Para este autor, el Derecho es un instrumento de cohesión social, un instrumento de instrumentos que coordina a un nivel altamente generalizado y abstracto todos los mecanismos de integración y de control; la «definición» de Derecho de Luhmann es, asimismo, abstracta y puede que también algo abstrusa, pero es una definición *funcional* del Derecho a la que últimamente se ha prestado una gran atención: el Derecho es la «estructura de un sistema social que reposa sobre la congruente generalización de expectativas normativas de comportamiento». Explicar con detalle lo que ello quiere decir ocuparía demasiado espacio y no parece tampoco una operación muy oportuna, teniendo en cuenta el carácter «introductorio» de este libro.

De nuevo sobre la función distributiva del Derecho.

Hay que decir, sin embargo, que el sentido de la obra de Luhmann no coincide del todo con el de otras aportaciones de autores funcionalistas norteamericanos o europeos (L. M. Friedman, V. Aubert, Glastra van Loon o incluso el mismo Bobbio) que han destacado la importancia de otras funciones del Derecho: muy especialmente de su función *distributiva* en relación con una serie de bienes y servicios (mediante el establecimiento de impuestos, la regulación del sistema educativo, la asignación de recursos económicos, etcétera).

Funciones sociales del Derecho, según Rehbinder.

Una lista amplia (pero heterogénea) de funciones sociales del Derecho (siempre desde la perspectiva funcionalista) es la que suministra el sociólogo del Derecho alemán M. Rehbinder, reelaborando las tesis del jurista estadounidense K. Llewellyn. Según Rehbinder, el Derecho cumple, fundamentalmente, las siguientes funciones sociales: 1) resolución de conflictos actuando, por así decirlo, sobre los casos patológicos; 2) orientación del comportamiento, en la medida en que dirige y regula la

conducta de los miembros del grupo; 3) legitimación y organización del poder social: el Derecho, al determinar las instancias que deben decidir los casos de conflicto, así como el procedimiento para hacerlo, convierte el poder en Derecho, lo legitima; 4) configuración de las condiciones de vida: en el Estado social de Derecho, éste no sólo cumple un papel de vigilante nocturno, sino que interviene activamente en la vida social (esta función vendría a coincidir ampliamente con la denominada por Bobbio «función promocional del Derecho»); 5) cuidado y mejora del Derecho: el propio Derecho cuida de la realización de las normas jurídicas y de la adaptación de los contenidos y de los órganos jurídicos a sus funciones (pero esto no es, en realidad, una función *social* del Derecho, sino una función de supervisión de las otras funciones).

Insuficiencia de los análisis funcionalistas.

Los ejemplos que hemos visto hasta aquí de análisis de las funciones del Derecho (y otros que podrían exponerse) son interesantes por muchas razones, pero ofrecen también alguno(s) de los siguientes motivos de insatisfacción: *a*) privilegiar indebidamente alguna de las funciones del Derecho en detrimento de otras; *b*) incurrir en un planteamiento excesivamente genérico y abstracto; *c*) establecer listas heterogéneas de funciones y no siempre claramente separables unas de otras. Por otro lado, un obstáculo considerable para el desarrollo de una teoría funcional del Derecho es la falta de una terminología común que es, a su vez, síntoma de una cierta confusión conceptual.

2.5. Los efectos sociales de las normas

Todas estas dificultades (entre otras razones) hacen que resulte atractiva la idea de un análisis funcional del Derecho en el segundo de los sentidos que antes hemos distinguido: investigación de las relaciones de dependencia o interdependencia entre una determinada institución o norma jurídica y los efectos que produce en la sociedad (en algún sector o aspecto de la sociedad). Pero estas investigaciones de naturaleza eminentemente empírica no pueden dejar de inscribirse dentro de un marco teórico general: la manera de encarar tales investigaciones dependerá de la concepción general que se tenga de la sociedad, del Derecho, etcétera. Un modelo general de este tipo de investigación

Fines, contenidos y efectos sociales de las normas.

es el que propone Ferrari, para el cual el análisis funcional del Derecho (a efectuar por la sociología del Derecho) debería consistir en el estudio de las relaciones de interdependencia y dependencia entre las siguientes variables: 1) los fines del edictor de la norma (proclamados o no), considerando que quienes dictan las normas son, en realidad, los grupos de presión, y no las instancias jurídico-formales; 2) el contenido de la regulación jurídica; 3) los efectos sociales producidos por la puesta en vigor de la norma. Ahora bien, una investigación de este tipo —por muy «empírica» que se pretenda— estará sin duda afectada por la concepción funcionalista o conflictualista de que se parta: no es lo mismo investigar las funciones sociales de una institución de cara a propugnar su mantenimiento o su reforma para preservar así mejor una determinada estructura social, que dirigir la investigación a mostrar el papel que unas normas jurídicas juegan con respecto a cierta institución social, que se pretende, quizás, alterar radicalmente. Incluso cabe pensar que los instrumentos conceptuales utilizados, en uno y otro caso, no son del todo coincidentes.

Dentro de una concepción genéricamente funcionalista, el análisis de los efectos sociales de las normas girará en torno a los conceptos de función social, disfunción, funciones manifiestas y funciones latentes. Ya hemos visto anteriormente lo que significan los dos primeros conceptos (naturalmente, la idea de «función negativa» queda excluida dentro de esta concepción) que ahora se trata sólo de recordar y, quizá, de precisar. *Función social* —en sentido funcionalista— puede definirse (Giner) como «toda consecuencia observable producida por la presencia de un elemento en el seno de un sistema social, la cual aumenta o mantiene su grado de integración»; y las *disfunciones* como las «consecuencias observables que menoscaban, minan o erosionan una estructura social dada». Una concreta institución jurídica, en consecuencia, puede producir efectos funcionales o disfuncionales en uno o varios elementos del sistema social.

Función social.

Disfunción.

La otra distinción entre funciones manifiestas y latentes —sugerida en la formulación del anterior esquema y que se debe a Merton— puede formularse de la siguiente manera: las funciones (en el sentido anterior) son *latentes* cuando contribuyen al ajuste o adaptación del sistema social, pero no son deseadas ni/o conscientemente reconocidas por los individuos que forman parte del mismo; en otro caso, son *manifiestas*. Para utilizar un gráfico ejemplo de S. Giner, cuando una tribu india organiza

Funciones manifiestas y latentes.

una danza para conjurar la lluvia en tiempo de sequía, la función manifiesta es pedir al dios de la lluvia que produzca agua, mientras que la función latente es la de mantener la cohesión del grupo. El análisis funcional de una institución jurídica deberá, pues, dar cuenta tanto de las funciones aparentes y manifiestas, como de las funciones latentes (que en ocasiones pueden ser las que realmente importan).

Los efectos latentes de las normas.

En el campo de la sociología del Derecho, son famosas dos investigaciones del noruego V. Aubert sobre los efectos latentes de las normas jurídicas (Treves, 1978). Una de ellas se refería a la aplicación de la ley noruega sobre el trabajo doméstico. A pesar de que dicha ley fue prácticamente ignorada por las partes presuntamente interesadas y no fue aplicada tampoco por los jueces, no se puede decir que careciera completamente de eficacia, en cuanto que cumplió la función latente de dar expresión a los ideales de igualdad y de progreso social preponderantes en la sociedad noruega. La otra se refería a la ley de control de los precios, introducida y aplicada en el período de guerra, y mantenida después en vigor aunque no fue aplicada. De nuevo, la no aplicación no impidió que cumpliera cierta función latente: una de las partes —el partido laborista en el gobierno— quedaba satisfecho con la promulgación de la ley que era una señal de su poder en el campo económico; la otra parte —el partido conservador, los empresarios— resultaba también satisfecha por la falta de aplicación. De esta manera, la ley en cuestión servía para evitar un conflicto entre partes ideológicamente en oposición y aumentaba la cohesión del cuerpo legislativo. Cabe precisar que en los dos supuestos nos encontramos con funciones latentes que no son reconocidas por las partes que, sin embargo, sí pueden ser conscientes de ellas. Finalmente, es interesante tener en cuenta que el análisis de las funciones latentes de las normas (referido al momento de su producción o de su aplicación) está íntimamente conectado con ciertos rasgos característicos de la argumentación jurídica y política a los que tendremos ocasión de referirnos en un capítulo posterior.

2.6. Conflictualismo y funciones sociales del Derecho

A diferencia de la concepción funcionalista, la concepción conflictualista parte de un punto de vista crítico con respecto a la

sociedad (al menos, con respecto a la sociedad actual). Lo que caracteriza a la sociedad no es ya la noción de sistema, de equilibrio, sino más bien la idea de desigualdad, lucha por el poder, inestabilidad. En consecuencia, el problema de las funciones sociales del Derecho se plantea de forma distinta. Mientras que para los funcionalistas, la idea de función tiene una connotación positiva (la aportación del Derecho a la sociedad no puede ser más que positiva), para los conflictualistas (en particular, para los marxistas) la contribución del Derecho es (en todo o en parte) negativa. Desde un punto de vista marxista no habría seguramente dificultad en aceptar que el Derecho cumple las funciones a que antes hemos pasado breve revistas; pero un marxista añadiría que, además de cumplir dichas funciones (o, si se quiere, en la medida en que las cumple), el Derecho desarrolla también: *a*) una función de dominación, pues es el medio de que se sirve el Estado para asegurar la dominación de una determinada clase; el Derecho resuelve conflictos y distribuye, en cierto sentido, el poder, pero no lo hace en forma neutral, sino de manera interesada, es decir, desigualitariamente, en interés de la clase dominante; *b*) una función ideológica, pues lo anterior no lo efectúa de una manera abierta, sino encubierta; como hemos visto en el capítulo anterior, la superestructura jurídica —a través de la forma del contrato, del salario, etcétera— recubre las relaciones sociales con un manto aparente de libertad e igualdad. De todas formas, no cabe duda de que los autores marxistas no han elaborado una teoría de las funciones del Derecho comparable por su grado de desarrollo y refinamiento teórico a la de los funcionalistas. Ello es en parte consecuencia de los presupuestos conceptuales de que arranca el propio marxismo: como es bien conocido, para Marx lo importante no era la superestructura jurídica y política, sino la base socioeconómica sobre la que aquéllas se asientan; la tradición marxista ha visto incluso en el Derecho y el Estado —por lo menos en un principio— elementos destinados a desaparecer una vez alcanzado el estadio superior del socialismo (el comunismo), de manera que un análisis detallado de sus funciones no aparecía como una cuestión de especial interés teórico.

Función de dominación.

Función ideológica.

Ahora bien, Marx no ha sido ciertamente el único autor en sostener una concepción conflictualista de la sociedad. Aunque los ejemplos no abunden, se pueden citar, entre otros, el caso de L. Gumplowicz (1838-1909), verdaderamente uno de los fundadores de la sociología del Derecho, o el de un autor contemporáneo,

Concepciones conflictualistas no marxistas.

Gumplowicz.

K. Dahrendorf. Para Gumplowicz, la condición para la existencia del Derecho es el Estado. El origen del Estado es el conflicto entre grupos antagónicos, dotados de fuerzas desiguales; la organización política no es más que la supremacía, el sojuzgamiento de un grupo sobre (por) el otro, y el Derecho es la «consagración legal de una desigualdad». La sustancia del Derecho es, por lo tanto, la coerción, la fuerza, y su función de cara al conflicto consistiría en cambiarlo de manifiesto a latente, instaurando una paz inestable y precaria en cuanto que el Derecho reflejaría una relación entre poderes que es fluida. El Derecho es, si se quiere, una fuente indirecta de consenso, en cuanto que produce comportamientos uniformes, pero se trata de un consenso que nace de la coerción. La concepción de Gumplowicz, por otro lado, supone un conflictualismo radical: a diferencia de Marx, Gumplowicz considera que el conflicto, el sometimiento de un grupo por otro, es un hecho natural y que no se puede eliminar.

Dahrendorf.

Bastante diferente, en cambio, es la concepción de Dahrendorf. Para este autor, el conflicto es, efectivamente, el elemento dominante en la sociedad, pero se trata de un conflicto que tiene lugar entre individuos, no entre grupos, y cuya función principal es la de servir como agente de cambio social. En la medida en que, en la perspectiva de Dahrendorf, cabe seguir hablando de fines colectivos, de toda la sociedad (lo que no es el caso de la concepción de Marx o de Gumplowicz) su visión de la sociedad no estaría demasiado alejada de la funcionalista, y quizá no sea del todo incompatible con ella.

El Derecho como estructura del conflicto.

Últimamente, como consecuencia de la crisis del estructural-funcionalismo en sociología que es, a su vez, al menos en parte, una consecuencia de la crisis social y cultural que se manifiesta un poco por todas partes, las teorías del conflicto parecen haber ganado terreno. El Derecho tiende a verse, para utilizar la afortunada expresión de Tomeo, como «la estructura del conflicto». Y, desde esta nueva perspectiva, los conceptos funcionalistas deben ser sustituidos por otros o, cuando menos, deben ser revisados. El Derecho podría seguir siendo definido como un sistema de control social, pero el objeto del control social no lo sería ya la conducta desviada, sino el conflicto; como se ha repetido en varias ocasiones, incluso el propio concepto de desviación aparece como un concepto inconsistente: lo que caracteriza a la sociedad no es ya la existencia de valores compartidos (presupuesto teórico para poder hablar de desviación), generadores de consenso, sino el hecho de que sus integrantes —individuos y

grupos— ocupan diversas situaciones de poder generadoras, en consecuencia, de conflicto.

2.7. Derecho y cambio social

Cuando abordamos el tema de las funciones sociales del Derecho —desde una perspectiva general— vimos que una de las críticas que se suelen dirigir contra la concepción funcionalista es su incapacidad para dar cuenta del cambio social o, al menos, para dar una explicación satisfactoria del mismo. Dijimos que la sociología funcionalista ve en el Derecho, esencialmente, un sistema de control social, un mecanismo cuya función principal, si no exclusiva, es la de mantener el equilibrio social; el Derecho, en cuanto subsistema del sistema social total, cumple, respecto a la sociedad, una función de conservación, de integración; en consecuencia, el cambio social no aparece, por lo menos, de manera patente, entre las funciones a realizar por el Derecho.

Si ahora nos trasladamos a la perspectiva conflictualista —en su versión marxista— hay que reconocer que el Derecho no aparece tampoco, al menos en principio, como un agente de cambio social: en cuanto elemento superestructural, el Derecho no es inmune a los cambios que tienen lugar en el campo de las relaciones sociales, pero el Derecho es lo condicionado, no el condicionante; no promueve el cambio, sino que lo acusa, lo refleja. Últimamente se ha hablado incluso —pero desde una perspectiva dudosamente marxista— del Derecho como obstáculo para el cambio social (Novoa Monreal) y, en un cierto sentido, no faltan ejemplos históricos de ello; pero el punto de vista al que me estoy refiriendo incurre, en mi opinión, en un cierto desenfoque teórico. En efecto, la afirmación (por lo demás, frecuente) de que el Derecho es un obstáculo para el cambio social, en el sentido de que va atrasado con respecto a la evolución social, se «aleja» de la misma, me parece francamente equívoca. La «realidad social» es ciertamente compleja y cabe interpretarla en formas distintas; más aún, existen diversas «realidades sociales» según cuál sea la perspectiva elegida. Es, desde luego, posible pensar en la existencia de instituciones o normas jurídicas que se corresponden, sencillamente, con un estadio social del pasado; pero en estos supuestos se tratará de un Derecho simple-

El Derecho como obstáculo para el cambio social.

mente *ineficaz* (esto es, inaplicado) que, en la medida en que no realiza la función de guiar la conducta, tampoco opera como un serio obstáculo para el cambio. El Derecho —el Derecho vigente— es, por definición, una realidad *social*, de manera que no tiene mucho sentido hablar de «alejamiento». Lo que ocurre es que el Derecho refleja e incide sobre una realidad social configurada por distintos grupos o clases sociales opuestos entre sí y con intereses también enfrentados: el Derecho puede ser un vehículo adecuado para canalizar ciertos intereses y, al mismo tiempo, un obstáculo respecto de otros. Afirmar, por eso, que «el eje central de todo el Derecho moderno» debe serlo «el principio de que el interés o bien colectivos predominan sobre el interés particular o privado» y pensar que, en otro caso, el Derecho se «aleja» de la realidad social significa olvidar algo fundamental puesto de manifiesto por la perspectiva conflictualista: el Derecho no puede dejar de reflejar intereses particulares, parciales, pues en una sociedad atravesada por el conflicto no cabe, sencillamente, hablar de intereses colectivos.

El cambio social como un aspecto del control social.

Ciertamente, lo anterior no debe llevar a pensar que tanto desde la concepción funcionalista como desde la marxista se ignore el fenómeno del cambio social y el papel que en el mismo pueda cumplir el Derecho. En efecto, la evidencia del cambio social (y de un cambio social acelerado) ha llevado a los autores funcionalistas (o a una buena parte de ellos) a considerarlo como un elemento definidor de la sociedad y no incompatible con la consideración de ésta como un sistema en equilibrio (pero ahora se trata de un equilibrio «dinámico»). Precisamente, dicho equilibrio (el control social), en una estructura no estática sólo puede lograrse a través de ajustes periódicos que tengan lugar mediante la introducción de cambios *en el* sistema (lo que se excluye es un cambio *del* sistema). Y, en este contexto, la desviación viene a cumplir un papel positivo, en cuanto indicador de disfuncionalidades del sistema que en ocasiones habrá que corregir cambiando las normas (que definen la desviación). En definitiva, el Derecho, en cuanto sistema de control social, lo es también de cambio social. Por otro lado, la tesis de Marx de que el Derecho sigue —pero no dirige— a la sociedad, se basaba en gran medida en la idea de que el Derecho no intervenía en la esfera de la producción económica; es decir, intervenía en la órbita de la distribución, del mercado, pero no en la de la producción. Pero esta tesis, que en otra época podía estar cerca de la realidad, resulta un siglo después muy difícil de defender: el Estado de las

El papel del Estado y del Derecho en la producción económica.

sociedades actuales dirige en buena medida la producción económica, y lo hace sirviéndose para ello del Derecho. Este fenómeno es especialmente acusado en los países socialistas (oficialmente «marxistas»), en donde el Estado y, a través de él, el Derecho se presentan como agentes poderosos del cambio social.

Savigny y Bentham.

En realidad, el problema de las relaciones entre el Derecho y el cambio social es un tema clásico de la teoría y de la sociología del Derecho que ha recibido, básicamente, dos respuestas contrapuestas que suelen ejemplificarse en las concepciones de Savigny (la escuela histórica) y de Bentham (el utilitarismo inglés). En palabras de W. Friedmann, se trataría de «la controversia entre quienes creen que el Derecho debe, esencialmente, seguir, y no guiar, y que debe hacerlo con lentitud, en respuesta a un sentimiento social claramente formulado, y quienes creen que debe ser un agente decidido en la creación de nuevas normas». Esta última fue la postura de Bentham, «fervoroso creyente en la eficacia de las leyes reformadoras racionalmente estructuradas,(y que) dedicó gran parte de su vida a redactar códigos para gran número de países, desde la Rusia zarista hasta las recién nacidas repúblicas hispanoamericanas». Hoy, la cuestión se plantea, en realidad, en otros términos: se acepta que el Derecho puede contribuir a cambiar la sociedad, pero se sabe también que la posibilidad de introducir de esta manera cambios tiene sus límites. Como ha escrito F. Selznick: «la cuestión no es ya si el Derecho es un vehículo importante de cambio social, sino saber *cómo* opera en cuanto tal y qué especiales problemas plantea». La sociedad actual es, en efecto, una sociedad en transformación, sometida a un intenso ritmo de cambio. Hasta tal punto es así, que una de las notas definitorias de la sociedad moderna es, precisamente, la institucionalización y fomento del cambio social. Dicha institucionalización, como es fácil de suponer, significa también una juridización del cambio. Por eso, para adecuarse a la sociedad, el Derecho de las sociedades modernas es también un Derecho en transformación, en el que las llamadas por Hart «normas de cambio» adquieren una especial significación. Este fenómeno ha llevado a muchos juristas de mentalidad tradicional a hablar de la decadencia del pensamiento jurídico; en realidad, lo que hay es el paso de un tipo de pensamiento jurídico a otro que se está ahora configurando.

Cambio social y y eficacia social del Derecho.

Como es natural, el problema del cambio social también está conectado con el segundo de los sentidos de «función social del Derecho» que distinguimos en un apartado anterior; es decir,

con el problema de la eficacia social de las normas jurídicas. En la medida en que una norma o una institución jurídica cumple efectivamente ciertas funciones manifiestas o latentes, cabe decir que opera un cambio en la sociedad. Y si la norma no tiene los efectos previstos o deja en un momento determinado de tenerlos, ello puede ser la señal de que es preciso introducir cambios en el sistema jurídico (para que pueda ser eficaz); en ese caso, tales cambios vienen a ser la consecuencia de cambios sociales.

Para la exposición que sigue, adoptaremos el siguiente esquema. Por un lado, distinguiremos dos puntos de vista —desde luego, interrelacionados— desde los que se puede contemplar el problema del Derecho y el cambio social: los cambios jurídicos producidos por cambios sociales; y los cambios sociales provocados por cambios en el Derecho. Por otro lado, ambos fenómenos pueden contemplarse a nivel macroscópico (relación entre los grandes cambios producidos en los ordenamientos jurídicos en los últimos tiempos y los cambios ocurridos al nivel de la sociedad) o microscópico (en este caso, como antes hemos visto, se trata de un aspecto del problema de la eficacia social de las normas jurídicas).

El Derecho como factor de cambio social.

Tratemos, en primer lugar, del Derecho como factor de cambio social. Según Maihoffer, pueden encontrarse numerosos ejemplos de ello a lo largo de la historia, desde la Antigüedad clásica (Solón) hasta la época de la Ilustración (el Derecho natural racionalista). Sin embargo, siempre cabría preguntarse hasta qué punto estos cambios jurídicos (que transformaron la sociedad de su tiempo) no fueron a su vez provocados por cambios sociales: tanto la legislación de Solón como las Declaraciones de derechos inspiradas en el Derecho natural racionalista (las de las revoluciones norteamericana y francesa), tienen una explicación social e histórica. No cabe duda, sin embargo, que en ocasiones el Derecho parece cumplir una función «anticipatoria» con respecto a las normas y valores predominantes en la sociedad.

Cambios directos e indirectos.

Al plantear el problema de los cambios sociales introducidos por el Derecho, Y. Dror ha establecido una distinción entre cambios directos e indirectos. En general, el Derecho juega siempre un papel *indirecto* fundamental en el cambio social, y en especial en el cambio social dirigido. Así, cuando el Estado establece un órgano público para producir un determinado cambio, utiliza

el Derecho para establecer dicho órgano y definir sus facultades. Igualmente, el Derecho juega un papel importante en la educación, que es uno de los instrumentos más eficaces de cambio social: si el Derecho establece, por ejemplo, la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza, está claro que, indirectamente, está contribuyendo a desencadenar cambios en la sociedad. El reconocimiento del derecho de asociación o de expresión, en cuanto que ayuda al surgimiento y a la difusión de nuevas ideas sociales, contribuye también a provocar un cambio cultural que, a su vez, se traducirá en cambios sociales, etcétera. En ocasiones, sin embargo, el Derecho desempeña un papel *directo* (aunque la distinción entre cambios directos e indirectos es muy relativa) en tales cambios. Por ejemplo, cuando se establece la prohibición de la poligamia (en un país en que estuviera socialmente admitida) o se despenalizan determinadas conductas que hasta entonces constituían delitos (aborto, homosexualidad, etcétera), de manera que dichos comportamientos pueden ahora efectuarse en forma abierta lo que, ciertamente, significa un cambio en las costumbres sociales. Cualquiera que sea el tipo de cambio de que se trate, el mismo se introducirá (como luego veremos) a través de la legislación, de la jurisdicción o por vía administrativa. Por otro lado (y de esto también nos ocuparemos en seguida), tales cambios no siempre son eficaces.

Cambios a gran escala.

Existen algunos ejemplos recientes de intentos de introducir cambios generales en la sociedad a través de cambios (también generales) en el sistema jurídico. Tal ha sido el caso de Turquía, la URSS, Japón o China. En el primero de estos países, la «occidentalización» que se trató de imponer en el período de entreguerras parece haber sido mucho más eficaz en lo referente a las relaciones mercantiles (Derecho de contratos, de obligaciones, etcétera) que en lo concerniente a las relaciones familiares. A partir de este hecho y de experiencias semejantes en otros países (por ejemplo, en Israel, donde se intentó llevar a cabo, con escaso éxito, determinados cambios referentes a la familia, como el aumento de la edad para contraer matrimonio), Dror llega a la conclusión de que «los cambios en el Derecho tienen mayor efecto en áreas de acción emocionalmente neutras y de tipo instrumental, que en las áreas de actividades expresivas y valorativas. Las instituciones básicas fundadas en las tradiciones y los valores, como la familia, parecen ser extremadamente resistentes a los cambios introducidos por vías jurídicas». En el caso de la URSS, la evolución sufrida por el sistema jurídico a par-

tir de la revolución soviética muestra también un par de enseñanzas importantes: en primer lugar, la imposibilidad (contradicha por los primeros teóricos de la revolución, empezando por Lenin) de prescindir del Derecho y del Estado, pues ambas instituciones, por lo menos hasta ahora, han sido elementos constantes de todas las sociedades que han alcanzado un cierto grado de complejidad y desarrollo; en segundo lugar, que un grado semejante de industrialización (entre los países occidentales y la URSS) lleva consigo también una cierta tendencia a la homogeneización jurídica (sin pasar por alto la existencia de «diferencias», en ocasiones notables): interesante a este respecto es la «recuperación» del principio de legalidad que se produce en la URSS en la etapa postestalinista.

Incidencia del cambio social en el Derecho.

Pasemos ahora a considerar el otro aspecto del problema: la repercusión en el Derecho del cambio social. Todos los clásicos de la sociología del Derecho (Saint-Simon, Comte, Marx, Spencer, Maine, Durkheim, Max Weber...) han sostenido alguna teoría sobre la evolución social del Derecho cuyo sentido, naturalmente, no siempre ha sido coincidente. Para Marx, por ejemplo —como hemos visto en el capítulo anterior—, cada modo de producción ha generado un diferente tipo de Derecho y de Estado. El Derecho moderno de la sociedad capitalista tiene como base la libertad e igualdad de los sujetos, pero en un sentido *formal* y abstracto, de manera que se trata, en realidad, de un Derecho que refleja y, en cierto modo, genera desigualdad y opresión. Para Max Weber, por el contrario, el desarrollo del Derecho se explica a partir del ideal de la «racionalización», que alcanza su punto culminante en las modernas sociedades occidentales. El Derecho moderno se caracteriza, concretamente, por ser expresión de una racionalidad de tipo formal. Su carácter *racional* deriva fundamentalmente de la previsibilidad que genera al ordenar la conducta mediante normas generales y abstractas, dictadas por órganos preestablecidos por el propio Derecho; no recurre, por lo tanto, ni a medios que están fuera de la razón (oráculos, juicios de Dios), ni a procedimientos arbitrarios no guiados por normas (justicia del cadí). Pero además, su racionalidad es *formal*, procedimental, en cuanto que las decisiones jurídicas son, eminentemente, el resultado de procedimientos lógicos, deductivos, que se basan en principios tomados del propio sistema jurídico, y no en principios de justicia sustantiva. Podría decirse, en conclusión, que la diferencia fundamental entre Marx

Racionalidad formal del Derecho moderno.

y Max Weber a propósito del Derecho moderno es de tipo valorativo: al referirse al mismo fenómeno, ambos ponen de manifiesto características semejantes que el primero valoró negativamente y el segundo de manera positiva.

Líneas de desarrollo del Derecho.

De cualquier forma, lo que aquí interesa, fundamentalmente, no es esbozar una teoría general de la evolución social del Derecho, sino mostrar algunas líneas que caracterizan su desarrollo reciente. Hace ya un cuarto de siglo, W. Friedmann daba cuenta de algunos de los efectos que los cambios sociales habían ejercido sobre las principales instituciones jurídicas. Así, señalaba cómo el concepto de propiedad se había ido ampliando gradualmente, y las nuevas ideas sociales habían ido modificando los principios que regían el uso de la propiedad. En materia de contratos, la libre contratación (el tipo ideal de contrato) había sido desplazada por el contrato tipificado, el convenio colectivo y, en general, por el creciente influjo del Derecho público. El concepto de responsabilidad se había ido ampliando hasta admitir supuestos de responsabilidad sin culpa. En el Derecho penal advertía una tendencia a la relativización de la culpa como consecuencia de las investigaciones psicoanalíticas contemporáneas; cambios en los principios justificadores del castigo; la creación de los delitos administrativos o contra el bienestar público, etcétera. El Derecho de familia estaba sufriendo grandes transformaciones: en materia de indisolubilidad del matrimonio, al aumentar cada vez más las causales de divorcio; pero también a propósito del control de natalidad, del aborto, de la inseminación artificial o de la situación de la mujer casada y de los hijos.

Más recientemente, M. Rehbinder encontraba cinco grandes tendencias en el desarrollo del Derecho de la República Federal de Alemania que pueden hacerse extensibles (con algunas particularidades de detalle) a los sistemas jurídicos de los países industrialmente desarrollados. Son las siguientes: 1) Tendencia a la unificación del Derecho. Puede advertirse, a nivel interestatal, en la existencia de reglamentaciones comunes en materia comercial (por ejemplo, en el marco de la CEE) y, a nivel interno, en la creciente uniformidad en los negocios jurídicos (por ejemplo, contratos tipó). 2) Tendencia a la socialización del Derecho. El modelo de la sociedad postindustrial no es ya el de una expansión cuantitativa, sino cualitativa. Aparece así el deseo de pasar de una igualdad jurídica puramente formal a una igualdad jurídica material. Esto se manifiesta en el reconocimiento y amplia-

ción de la responsabilidad por riesgo (seguridad en el trabajo, etcétera); en la lucha contra la contaminación y por la protección del medio ambiente; en el desarrollo de la seguridad social... 3) Tendencia al crecimiento de la materia jurídica. El aumento de las funciones del Estado como consecuencia del paso del Estado liberal abstencionista al Estado asistencial, intervencionista, lleva consigo el incremento de la normativa jurídica. Aparecen así nuevas ramas jurídicas como el Derecho del trabajo, el Derecho de la economía, el Derecho de los consumidores... Cabría añadir que junto a esta tendencia existe otra de signo contrario que lleva a desjuridizar determinados aspectos de la vida social (las relaciones familiares y sexuales) que pasan a ser regulados exclusivamente por normas morales y del trato social. 4) Tendencia a la especialización (se advierte tanto en las profesiones jurídicas como en la consecuente aparición de nuevas jurisdicciones: contencioso-administrativa, laboral, etcétera) y a la burocratización del aparato jurídico. 5) Tendencia a la cientificación del Derecho. Los problemas jurídicos exigen, cada vez más, un amplio recurso a conocimientos técnicos y científicos (un número importante de procesos jurídicos los resuelve, de hecho, el informe pericial). En particular, la utilización de la informática va a alterar profundamente (en alguna medida ya lo ha hecho) el funcionamiento y la propia concepción del Derecho.

Pasemos ahora a ver una cuestión diferente y a la que antes se ha hecho alusión: el problema de cuáles son las instancias jurídicas que promueven el cambio social (o bien, en las que repercute el cambio social) y algunas de sus peculiaridades.

Jurisdicción y cambio social.

No cabe duda, en primer lugar, que los jueces (la jurisdicción) son (o pueden ser) agentes importantes para el cambio jurídico y social, tanto en los sistemas de *common law* como en los sistemas de Derecho codificado. Los jueces pueden cumplir esta función porque —en contra de lo sostenido por la doctrina jurídica tradicional— crean en muchas ocasiones Derecho, son fuentes del Derecho. Ahora bien, su capacidad para introducir cambios (para crear Derecho) no es irrestricta, sino que tiene límites. Los jueces, en general, aceptan la ideología de que son «servidores» de la ley (o, si se quiere, que deben actuar conforme a la regla del *stare decisis*, respeto al precedente) de manera que desarrollan su función dentro de los límites señalados por las normas. Pero el lenguaje normativo (que es, esencialmente, un lenguaje natural) permite casi siempre

interpretaciones distintas para cada caso y, por tanto, la posibilidad de introducir cambios en el sistema sin necesidad de alterar el tenor literal de las normas. Ello nos lleva de nuevo a plantearnos el problema de la argumentación jurídica que tendremos ocasión de ver con algún detalle en un capítulo posterior. De momento, bastará con indicar la existencia de diversas técnicas argumentativas que puede utilizar —dentro, siempre, de ciertos límites— el juez o, en general, el operador del Derecho. Por ejemplo, para no castigar determinados supuestos de aborto que aparecen (o aparecían) tipificados como delitos en los códigos en un momento en que la opinión pública no considera ya estas conductas como desviadas (o, al menos, está dividida al respecto), el juez —o el jurado— siempre tienen la posibilidad de crear una ficción para no calificar unos determinados hechos como «aborto» aunque su sentido sea inequívocamente ése. O bien pueden utilizar algún otro recurso como el que muestra C. Nino en relación con el Derecho argentino: «Las normas que reprimen el aborto se aplicaban casi exclusivamente a las mujeres pobres que, habiendo sufrido lesiones a raíz de las maniobras abortivas, debían internarse en un hospital público, cuyos médicos se consideraban obligados, como funcionarios estatales, a denunciar el delito. La Cámara Criminal de la Capital, en un plenario de 1966, decidió que los procesos penales así iniciados son nulos, porque la mujer procesada —no los cómplices— está en una condición análoga a quien se obliga a declarar contra sí mismo. De este modo y sin perjuicio de mantener la valoración negativa de este tipo de conductas, se condicionó radicalmente la punición del aborto».

Ahora bien, lo anterior no debe llevar a pensar que los órganos jurisdiccionales se orientan siempre en el sentido de procurar que sus decisiones reflejen las nuevas ideas y valoraciones surgidos en la sociedad. Más bien habría que decir que entre los jueces suelen predominar actitudes ideológicamente conservadoras a las que no es ajena su procedencia social. Un ejemplo famoso de este tipo de actitudes es la postura que mantuvo la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos durante la época del *New Deal*. Este tribunal —hasta 1937, en que cambió su orientación— constituyó un enorme obstáculo para la introducción de instrumentos jurídicos de carácter progresista, como el contrato colectivo de trabajo, el derecho a la seguridad social o el establecimiento de una ley de salario mínimo. Y algo parecido volvió a ocurrir después —a partir de los años 1950— en

relación con la aplicación de la normativa que trataba de eliminar la discriminación racial. Debe tenerse en cuenta, por otro lado, que el papel de los jueces en el cambio social y jurídico es especialmente importante en los países en que existe un tribunal que es el intérprete «auténtico» de la Constitución. Éste es el caso de los Estados Unidos (respecto a la Corte Suprema) y de otros países, como España, en donde el Tribunal Constitucional está llamado a desempeñar (y ya lo ha empezado a hacer, aunque no siempre en el mismo sentido) un papel de la máxima importancia. Apenas es necesario señalar que las decisiones de estos tribunales no están nunca —ni pueden estarlo— guiadas exclusivamente por razones jurídicas, sino también por consideraciones políticas, éticas, etcétera.

Legislación y cambio social.

Sin embargo, la instancia jurídica encargada fundamentalmente de introducir cambios en el Derecho (que reflejen o guíen el cambio social) es la legislación. En los Estados democráticos la renovación periódica de la(s) cámara(s) legislativa(s) permite asegurar que éstas sean un reflejo de las corrientes de opinión dominantes en la sociedad y que tendrán una plasmación en la producción de las nuevas normas. En ocasiones, el parlamento puede ir más lejos y tratar de utilizar la ley para *introducir* cambios sociales. En este caso, existe el riesgo de que las nuevas leyes resulten ineficaces. Para seguir utilizando ejemplos norteamericanos, bastará con recordar lo sucedido a propósito de la «Ley Seca». Debe tenerse en cuenta también la posibilidad de que entre la legislación y la jurisdicción se produzcan desajustes derivados, por ejemplo, de que (en los sistemas de democracia formal) el órgano legislativo es elegido (y renovado) periódicamente, lo cual no ocurre con los jueces. Ello puede ocasionar conflictos graves (recuérdese, de nuevo, el enfrentamiento de los jueces estadounidenses con las leyes del Congreso en la época de Roosevelt) que el propio sistema jurídico puede tratar de evitar o de resolver: en ello consiste, en parte, la función del jurado o de los Tribunales Constitucionales, en cuya composición el poder legislativo participa en alguna medida.

Administración y cambio social.

Finalmente, la Administración y el poder ejecutivo pueden ser también agentes del cambio social, precisamente en la medida en que pueden dictar normas jurídicas (y no sólo proponerlas al legislativo o ejecutar las que éste adopta) cualquiera que sea el sistema político de que se trate. Por otro lado, la Administración juega siempre un papel instrumental cuando se trata de utilizar el Derecho como vehículo para el cambio social; esto

último exige la creación de órganos administrativos encargados de gestionar dicho cambio: por poner un ejemplo —y en este caso referido a España—, para promover los cambios previstos en el título I de la Constitución española se ha considerado necesario establecer nuevos órganos, como el Defensor del Pueblo.

Condiciones para la eficacia de las normas jurídicas.

Una última cuestión de interés concierne a las condiciones que debe cumplir el Derecho para que los cambios que pretenda introducir sean eficaces, en el doble sentido de establecer nuevos modelos de conducta y de lograr que sean aceptados, interiorizados, por los destinatarios de las normas (función educativa del Derecho). W. M. Evan ha establecido a este propósito siete condiciones que considera necesario respetar, aunque quizá no sean suficientes. Son las siguientes: 1) que la fuente del Derecho utilizada tenga autoridad y prestigio; 2) que la *ratio* de la nueva ley aclare su continuidad y compatibilidad con los valores institucionalizados existentes; 3) que se indiquen modelos que puedan servir de referencia y que resulten aceptados; 4) que se use en la medida adecuada el elemento temporal para superar una potencial resistencia (la reducción del tiempo reduce al mínimo la posibilidad de que aumente la resistencia al cambio); 5) que los agentes que imponen la aplicación del Derecho acepten el comportamiento exigido por el Derecho, si no interiorizando los nuevos valores, al menos reconociendo su legitimidad; 6) que se empleen sanciones, tanto positivas como negativas, para apoyar el Derecho; 7) que se dote de protección eficaz a los derechos de las personas que resultarían perjudicadas como consecuencia de la evasión o violación de la nueva normativa. En el fracaso de una política de cambio —escribo a finales de 1984— puede jugar también un papel de cierta importancia la comisión de errores de naturaleza técnica, como los apuntados por Evan.

Bibliografía

ARNAUD, A.: *Critique de la raison juridique. 1. Où va la sociologie du droit?* (1981), *ob. cit.*

AUBERT, V.: «Algunas funciones sociales de la legislación», en *Sociología del Derecho.* Caracas, Tiempo Nuevo, 1971.

BARATTA, A.: *Criminologia critica e critica del diritto penale.* Bolonia, Il Mulino, 1982.

BERGALLI, R.: *La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella.* Barcelona, 1980.

BOBBIO, N.: «El análisis funcional del Derecho: tendencias y problemas», en *Contribución a la teoría del Derecho* (1980), *ob. cit.*

— «La función promocional del Derecho», en *Contribución a la teoría del Derecho* (1980), *ob. cit.*

BREDEMEIER, H. C.: «El Derecho como mecanismo de integración», en V. Aubert: *Sociología del Derecho, ob. cit.*

CAPELLA, J. R.: *Dos lecciones de Introducción al Derecho* (1980), *ob. cit.*

CERRONI, U.: *El pensamiento jurídico soviético* (trad. M. de la Roccha y V. Zapatero). Madrid, Cuadernos para el Diálogo, 1977.

DROR, Y.: «El Derecho y el cambio social», en V. Aubert: *Sociología del Derecho, ob. cit.*

EVAN, W. M.: «Il diritto come strumento del mutamento sociale», en A. Giasanti y V. Pocar: *La teoria funzionale del diritto.* Milán, Unicopli, 1981.

FERRARI, V.: «L'analisi funzionale in sociologia del diritto. Problemi terminologici e problemi metodologici», en *Sociologia del diritto,* 1, 1980.

FRIEDMANN, W.: *El Derecho en una sociedad en transformación.* México-Buenos Aires, F.C.E., 1966.

GARZÓN VALDÉS, E.: «Acerca de las funciones del Derecho en América Latina», en *Cuadernos de la Facultad de Derecho,* núm. 3. Palma de Mallorca, 1982.

GIANFORMAGGIO, L.: «Funzione o tecnica? Considerazioni provisorie sulla dotrina della repressione», en *Sociologia del diritto,* 1, 1980.

GINER, S.: *Sociología.* Barcelona, Península, 1974[6].

GUMPLOWICZ, L.: *Compendio di sociologia* (trad. italiana e introducción de V. Pocar). Milán, Unicopli, 1981.

HART, H. L. A.: *El concepto de Derecho, ob. cit.*

LAPORTA, F.: *Derecho natural y filosofía del Derecho. Memoria sobre concepto, método y fuentes.* Madrid, 1982 (inédita).

LOSANO, M. G.: *Corso di informatica giuridica.* Milán, Unicopli, 1981[2]; trad. castellana en Tecnos, en prensa.

LUHMANN, N.: *Sociologia del diritto* (trad. y prefacio de A. Febbrajo). Bari, Laterza, 1977.

MAIHOFFER, W.: «Die gesellschaftliche Funktion des Rechts» (La función social del Derecho), en *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, t. 1. Bielefeld, 1970.

MERTON, K. M.: *Social Theory and Social Structure*. The Free Press of Glencoe, 1957.

NINO, C. S.: *Introducción al análisis del Derecho, ob. cit.*

NOVOA MONREAL, E.: *El Derecho como obstáculo al cambio social*. México, Siglo XXI, 1975.

PARSONS, T.: «Sistema giuridico e controllo sociale» (ed. inglesa de 1962), en A. Giasanti y V. Pocar: *La teoria funzionale del diritto*. Milán, Unicopli, 1981.

PITTS, J. R.: voz «control social», en *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*. Madrid, Aguilar, 1974.

REHBINDER, M.: *Sociología del Derecho* (trad. e introducción de G. Robles). Madrid, Pirámide, 1981.

RENNER, K.: *Gli istituti del diritto privato e la loro funzione sociale. Un contributo alla critica del diritto civile* (introducción de A. Agnelli). Bolonia, Il Mulino, 1981.

SCHUR, E. M.: *Sociologia del diritto* (ed. inglesa de 1968). Bolonia, Il Mulino, 1970.

SELZNICK, PH.: voz «sociología», en *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*. Madrid, Aguilar, 1974.

STUCKA, P. I.: *La función revolucionaria del Derecho y del Estado* (trad. y prólogo de J. R. Capella). Barcelona, Península, 1974[3].

TOMEO, V.: *Il diritto come struttura del conflitto*. Milán, Franco Angeli, 1981.

TREVES, R.: *Introducción a la sociología del Derecho* (trad. y nota preliminar de M. Atienza). Madrid, Taurus, 1978; 2.ª ed. italiana, revisada y ampliada: Turín, Einaudi, 1980.

— Voz «sociologia del diritto» en *Enciclopedia del diritto*. Milán, Giuffrè, 1984.

WEBER, M.: *Economía y sociedad* (cap. VII), edición y nota preliminar de J. Medina Echevarría. México, F.C.E., 1964[2].

3. LOS VALORES JURÍDICOS

3.1. Valores jurídicos y justicia

En los capítulos anteriores de este libro se ha tratado de ofrecer algo parecido a una respuesta a las preguntas sobre qué es el Derecho y para qué sirve. Ahora vamos a ocuparnos de una tercera cuestión que no tiene mucho que envidiar en cuanto a complejidad a las dos anteriores: cómo debe ser el Derecho, cuándo un Derecho es justo. De esta forma, nuestro campo de reflexión no va a ser ya ni el de la estructura ni el de la función del Derecho, sino el de los *valores jurídicos*.

¿Qué son los valores?

Los valores son *cualidades* que se predican (que alguien, o un grupo, predica) de ciertas cosas, personas o acciones. Además, suele afirmarse (Frondizi) que los valores presentan las características de *polaridad* (aparecen desdoblados bajo la forma de un valor positivo y su correspondiente valor negativo: bondad-maldad, verdad-falsedad, belleza-fealdad, justicia-injusticia...) y de *jerarquía* (los valores se dan en un orden jerárquico o tabla de valores, lo cual debería permitir, dentro de cada sistema de valores, evitar o resolver todo posible conflicto).

Valores, hechos y normas.

Por otro lado, un *juicio de valor* no es lo mismo que un *juicio de hecho* (afirmar que A realizó X no es lo mismo que valorar positivamente la conducta X de A) y es también algo diferente a una *norma*, a un enunciado prescriptivo o directivo. Los juicios de valor se parecen a las normas (para seguir con el ejemplo anterior, pensemos en una que estipule como obligatoria la conducta X de A) en que ambos son enunciados (o se expresan en enunciados) que no tratan primariamente de dar información, sino de dirigir la acción. Pero se distinguen (al menos, según algunos autores) en que los valores no expresan

ninguna forma *definida* de conducta (Ross, 1971). Cabe pensar que detrás de una norma se encuentra siempre algún valor (aunque se trate de un valor simplemente utilitario), pero parece que una cosa es que la vida humana constituya un valor, y otra el artículo 407 del Código penal español que castiga el homicidio con la pena de reclusión menor. Naturalmente, ello no quiere decir que se pueda prescindir de los valores en todas aquellas operaciones en que estén implicadas normas (por tanto, en las operaciones típicamente jurídicas): la promulgación de normas, su interpretación y aplicación, e incluso el «conocimiento» de las normas vigentes en que consiste la labor del «científico» del Derecho, son todas ellas operaciones en alguna medida valorativas; y el contacto con valores es aún más intenso en el caso de los principios. Precisamente por esto se debe tratar el tema de los valores jurídicos en una Introducción al Derecho.

¿Se puede definir «justicia»?

El valor jurídico por antonomasia es el de justicia, pero el lector que haya empezado a leer este libro por el principio estará seguramente de acuerdo conmigo en que intentar una definición de «justicia» no es la mejor manera de adentrarse en este complejísimo tema: también aquí los intentos de definición pueden contribuir más a ocultar que a desvelar problemas. El ejemplo de una de las más socorridas definiciones de justicia, «dar a cada uno lo suyo», puede ser suficientemente aleccionador, pues, en efecto, si no se especifica en qué consiste «lo suyo» de cada uno, la fórmula resulta enteramente vacía (se trataría más bien de una pseudodefinición); y si se precisa qué es lo que se entiende por «lo suyo», entonces seguramente lo que se esté definiendo no sea *la* justicia, sino una determinada idea de justicia, adscribible a una cierta ideología y a determinado contexto histórico. En otras palabras, se estaría efectuando una definición simplemente estipulativa o, más bien, «una definición persuasiva», de las que ya tratamos en el capítulo primero. Sobre esto, no obstante, volveremos más adelante, después de que hayamos establecido algunas distinciones conceptuales que quizá puedan ayudarnos en la tarea de abrirnos camino por este enmarañado terreno.

Justicia como virtud suprema.

En primer lugar, es importante distinguir dos diferentes acepciones de «justicia». La una se refiere a la justicia en cuanto virtud suprema, virtud tanto social como individual. En este sentido —que se encuentra, por ejemplo, en la Biblia, en algu-

nas obras de Platón y de ciertos autores modernos— la justicia sería un valor omnicomprensivo y que concierne no sólo a la esfera del Derecho: «justo» vendría a ser un sinónimo de «bueno». Pero en una acepción más estricta, y que hoy es más común, la justicia aparece como un característico valor social y, más en particular, como un valor específicamente jurídico: la justicia se entiende como el criterio —o el conjunto de criterios— que cabe utilizar para valorar un sistema jurídico. En consecuencia, la justicia vendría a ser una parte o una especificación de los valores morales: aquellos que hacen referencia a relaciones, normas o actos jurídicos (o que debieran ser jurídicos). Desde luego, en la tarea de evaluar el Derecho no hacemos intervenir únicamente la idea de justicia, sino también otras ideas —otros valores— como la libertad, la igualdad o la seguridad. Aquí vamos a partir de que la justicia sea el valor totalizador de los otros valores jurídicos; si se quiere, una forma económica de referirse a todas estas nociones que serían, a su vez, los principales componentes de la idea compleja de justicia.

Justicia como valor jurídico.

Lo dicho hasta aquí no significa que una teoría de la justicia —en cuanto teoría específicamente jurídica— pueda desarrollarse al margen de la teoría moral. Precisamente —y ésta es la segunda distinción importante— los filósofos de la moral analíticos (más adelante se precisará qué cabe entender por «filosofía analítica») acostumbran efectuar una distinción entre tres niveles de estudio de la moral: la ética descriptiva, la ética prescriptiva o normativa y la metaética, y esta distinción puede trasladarse fructíferamente al campo de la justicia, en cuyo caso se hablará de teoría descriptiva de la justicia, teoría prescriptiva de la justicia y metateoría de la justicia. Aunque existen algunas oscilaciones en la forma de entender esta distinción, se puede afirmar que la *ética descriptiva* es un tipo de estudio que corresponde realizar a los científicos sociales y tiene como objeto indicar cuáles son las prácticas, normas y valores morales vigentes en las distintas comunidades; la *ética prescriptiva* trata de establecer normas o criterios (por ejemplo, el imperativo categórico kantiano, el principio de la máxima felicidad del utilitarismo) que permitan establecer qué tipos de actos, normas, etcétera, deben considerarse o no morales; y, finalmente, la *metaética*, ética teórica o ética analítica es un nivel de reflexión que presupone los dos anteriores, trata de analizar el significado

Ética descriptiva, ética prescriptiva y metaética.

de términos como «justo», «bueno», «deber», «juicios de valor»..., de efectuar clasificaciones de teorías éticas y, en general, de elaborar conceptos éticamente adecuados.

Ética y moral.

Los autores que efectúan esta distinción, como observa Rabossi (1971), parecen estar de acuerdo en que su objetivo es el de evitar confusiones teóricas; también coinciden en separar netamente el nivel descriptivo de los otros niveles; e incluso en restringir el uso de la palabra «ética» para hacer referencia a la actividad teórica que tiene como objeto a la moral (se trata, pues, de la misma distinción que vimos anteriormente entre metalenguaje y lenguaje objeto, entre proposición normativa y norma). Pero disienten, al menos, en un par de aspectos. Por un lado, en la manera de entender la ética teórica o metaética, pues según algunos, su campo de análisis es sólo la ética normativa (la relación entre la ética teórica y la ética normativa sería entonces similar a la relación que existe entre la filosofía de la ciencia y la ciencia); mientras que según otra opinión, el objeto de la reflexión se amplía también a la ética descriptiva. Por otro lado, hay discrepancias a la hora de establecer cuáles son los problemas que tienen auténtico carácter filosófico. Todos están de acuerdo en que lo tienen las investigaciones de ética teórica y en que no lo tienen las de ética descriptiva (que serían más bien de carácter sociológico o antropológico), pero hay diferencias en cuanto al carácter filosófico o no de la ética normativa. Hasta hace no muchos años, los filósofos analíticos reducían el campo de la filosofía moral a las investigaciones de metaética (con lo que trataban de diferenciarse de la filosofía ética tradicional de índole normativa), pero en los últimos tiempos existe una poderosa tendencia a prestar un interés cada vez mayor a los problemas de ética normativa; este cambio de orientación implica también el reconocimiento de que no cabe establecer una separación tajante entre los diversos niveles de la ética.

Teorías cognoscitivistas y no cognoscitivistas.

Un ejemplo de análisis metaético es la clasificación de las teorías éticas (o de la justicia) en cognoscitivistas y no cognoscitivistas. Para el primer tipo de teorías, los valores son cualidades inherentes a las cosas o a las acciones y que pueden ser conocidos. A su vez, según el tipo de conocimiento de que se trate, las teorías cognoscitivistas se suelen subclasificar en teorías naturalistas e intuicionistas. Los naturalistas estiman que ciertos principios morales son verdaderos —cognoscibles— en cuanto que coinciden con la «naturaleza» o lo «natural». Puede

tratarse de teorías naturalistas basadas en generalizaciones empíricas (Hobbes y, en una versión más refinada, Hart), en generalizaciones teleológicas (Aristóteles o santo Tomás), o en definiciones descriptivas de términos valorativos (utilitarismo). Para los intuicionistas, el criterio de verdad es la intuición moral (Platón), religiosa (Agustín de Hipona, Lutero) o racional (Grocio, Locke, Kant, Moore). Las teorías no cognoscitivistas sostienen que no cabe propiamente conocimiento de los valores (de la justicia) y que, en consecuencia, los juicios valorativos no pueden ser calificados como verdaderos o falsos. En este apartado se pueden incluir las teorías de Marx, de Max Weber, del existencialismo y de la mayor parte de las tendencias analíticas (el positivismo lógico, los analistas oxonianos, el prescriptivismo de Hare y el emotivismo de Stevenson).

Ahora bien, la clasificación anterior —que proviene del positivismo lógico, es decir, de una etapa de la filosofía del siglo XX ya superada— presenta, al menos, un serio inconveniente en cuanto que sugiere que los autores no cognoscitivistas niegan la posibilidad de acceder a un conocimiento de lo bueno y de lo malo, lo cual no parece ser cierto o, al menos, no parece serlo de todos ellos. En realidad, lo que unificaría a estas últimas teorías sería la negación de que los términos morales tengan *significado descriptivo*, o lo tengan exclusivamente (y para el positivismo lógico sólo son significativas —implican conocimiento— las proposiciones que describen fenómenos empíricos). Por eso, el filósofo argentino Rabossi ha elaborado una variante de esta clasificación que se basa en la distinción entre teorías *descriptivistas* y *no descriptivistas*. Teorías descriptivistas serían aquellas que presuponen o admiten expresamente que «el lenguaje moral ejemplifica, en casos paradigmáticos, un uso fáctico *(descriptivo, informativo)* del lenguaje»; en consecuencia, los enunciados morales serían susceptibles de ser calificados como verdaderos o falsos y los términos morales básicos («bueno», «malo», «justo», «deber», etcétera) serían términos dotados de *referencia*. Mientras que teorías no descriptivistas serían aquellas que niegan la afirmación anterior por entender que «el lenguaje moral tiene un *uso propio* que emana de su carácter práctico, del mismo modo como tienen una *función propia* los términos morales». Dentro de cada uno de estos dos grandes grupos de teorías cabe, a su vez, efectuar nuevas clasificaciones, de la siguiente manera:

Teorías descriptivistas y no descriptivistas.

A. Teorías descriptivistas
   1. Teorías definicionistas
      a. Teorías naturalistas
         I. Teorías objetivistas
         II. Teorías subjetivistas
      b. Teorías transnaturalistas
         I. Teorías de inspiración metafísica
         II. Teorías de inspiración teológica
   2. Teorías no definicionistas (teorías intuicionistas)

B. Teorías no descriptivistas
   1. Teorías imperativistas
   2. Teorías emotivistas
   3. Teorías prescriptivistas
   4. Teorías de multiplicidad funcional

Teorías definicionistas.

Siguiendo al propio Rabossi, el cuadro podría muy sumariamente explicarse así: las teorías descriptivistas y definicionistas son aquellas que «proponen la definición del (de los) término(s) moral(es) básico(s) en función de términos no morales y/o la "traducción" de las enunciaciones morales correspondientes a enunciados que contienen términos no morales y que, consiguientemente, se refieren a hechos o estados de cosas a los que se reconoce carácter o índole *no moral*». Por eso, el principal argumento que los intuicionistas dirigieron a los definicionistas es la famosa «falacia naturalista» (imposibilidad de derivar «debe» de «es»), que debería ser denominada, con mayor propiedad, «falacia definicionista», ya que el argumento pretende valer para todas las teorías definicionistas, tanto para las naturalistas como para la transnaturalistas.

Dentro del grupo de las teorías definicionistas se distingue entre teorías *naturalistas*, que mantienen que el (los) término(s) moral(es) básico(s) hacen referencia a propiedades que pertenecen al ámbito natural, esto es, «que son identificables en el espacio y/o en el tiempo y pueden ser objeto de experiencia o de percepción sensible», y teorías *transnaturalistas*, que consideran que tales propiedades «pertenecen a un ámbito que trasciende el marco de la naturaleza, esto es, a una realidad suprasensible o transnatural». Estas últimas pueden ser, a su vez, de inspiración *metafísica* o de inspiración *teológica*.

Todavía es importante trazar una subclasificación de las teorías naturalistas en teorías *objetivistas* y *subjetivistas*. Una teoría *objetivista* «apela a definiciones y/o a "traducciones" en las

cuales los términos relevantes no hacen referencia a las experiencias de una persona o grupo de personas, ni tampoco implican, de modo esencial para la teoría, la existencia o el acaecimiento de tales experiencias». En otro caso, la teoría es *subjetivista.*

Intuicionismo ético.

Dentro de las teorías no definicionistas o *intuicionistas* se incluyen autores como G. E. Moore, H. A. Prichard, M. Scheler, N. Hartmann o W. D. Ross. Todos ellos «tienden a afirmar la existencia de propiedades, cualidades o características de índole moral, defienden la autonomía de la moral y se oponen, por consiguiente, a todo intento "reduccionista", postulan formas cognoscitivas adecuadas a la índole de dichas propiedades, cualidades, etcétera, y admiten la justificación básica y directa de las enunciaciones morales relevantes».

Teorías no descriptivistas.

En cuanto a las teorías no descriptivistas, merece la pena prestar una mínima atención a dos de ellas: el emotivismo, del que volveremos a ocuparnos más adelante a propósito de las concepciones de la justicia de Kelsen y Ross, y el prescriptivismo.

Emotivismo ético...

El emotivismo ético, que tiene un importante precedente en Hume, es una concepción estrechamente conectada con el positivismo lógico (Carnap, Ayer) y, en particular, con su tesis del criterio empírico del significado. Para estos autores, los enunciados éticos no tienen significado cognoscitivo, sino que cumplen simplemente una función *emotiva,* consistente en suscitar determinadas emociones; de esta manera, se proyecta un cierto irracionalismo en el campo de la moral. Sin embargo, emotivismo y positivismo lógico no son plenamente coincidentes: el emotivismo no fue la única opción que siguieron los positivistas lógicos en el campo de la ética y, por otro lado, es posible adoptar esta concepción de la ética sin aceptar las tesis básicas del positivismo lógico; este último ha sido el caso del máximo exponente del emotivismo, C. L. Stevenson. Este autor parte de una concepción *causal* del significado que le permite distinguir entre *significado emotivo* y *significado descriptivo,* que entiende como tipos diferentes de procesos psicológicos. «El significado emotivo (de un signo) se caracteriza por la serie de *emociones* que tiene como respuesta, desde el punto de vista del oyente, o como estímulo, desde el punto de vista del hablante. El significado descriptivo es la disposición de un signo para producir procesos mentales cognoscitivos.» Muchos términos morales pueden tener significado emotivo y descriptivo (lo cual hace posible el uso de «definiciones persuasivas»), pero lo ca-

y positivismo lógico.

racterístico de los juicios morales es que su función principal no es la de describir o comunicar algo, sino una función dinámica (emotiva) que consiste en dar expresión a nuestros sentimientos provocando en los demás determinados estados de ánimo que incitan a realizar ciertas acciones o a adoptar alguna actitud. Este tipo de emotivismo también introduce elementos de irracionalidad en el campo de la moral (Rabossi, 1971), en cuanto que no permitiría hablar propiamente de *razones morales*: una «buena razón», en el contexto de la teoría de Stevenson, sería cualquier cosa que produzca el efecto deseado.

Prescriptivismo ético.

La forma más conocida de *teoría prescriptivista* es la de R. M. Hare. El prescriptivismo rechaza la concepción emotivista del lenguaje moral por entender que la función básica de dicho lenguaje no consiste en expresar actitudes y en influir en los demás, sino en servir como una *guía práctica* para la acción. «Toda enunciación moral *implica* un imperativo. Es decir, quien acepta la enunciación moral "debes hacer X" está comprometido *lógicamente* a hacer X o, dicho de otra manera, resulta inconsistente desde un punto de vista *lógico* aceptar, por ejemplo, la enunciación *moral* "debes hacer X" y negar o rechazar "haz X" (o sea, no hacer X).» Además, las enunciaciones morales, a diferencia de los imperativos comunes, son *universalizables*, es decir, que ante situaciones similares, uno debe estar dispuesto a formular la misma enunciación moral que haya formulado en un principio. Sobre este último aspecto volveremos cuando tratemos de la teoría moral de Kant.

De nuevo sobre el positivismo jurídico y el iusnaturalismo.

Nos interesa ahora volver por un momento a la distinción entre teorías descriptivistas y no descriptivistas y relacionarla con la contraposición existente entre positivismo jurídico y iusnaturalismo. En el capítulo primero se efectuó una caracterización de ambas posturas en relación con el concepto de Derecho y se puso de manifiesto que asumir uno u otro concepto no implicaba, necesariamente, la adopción de una determinada teoría (o metateoría) de la justicia. Sin embargo, hay que reconocer que los positivistas jurídicos tienden a ser, en cuanto teóricos de la justicia, no descriptivistas próximos al emotivismo (Kelsen, Ross), aunque con alguna excepción (Hart); mientras que los iusnaturalistas son siempre descriptivistas y, en general, transnaturalistas. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que en todo caso se trata de una coincidencia en el plano de la metaética que, en principio, no afecta al de la ética normativa.

Vayamos ahora a la tercera de las distinciones conceptuales que antes habíamos anunciado: se trata de la distinción efectuada por Ch. Perelman (1966) entre justicia del acto, justicia de la regla o de la norma y justicia del agente.

Justicia del acto, de la norma y del agente.

Se dice que un acto jurídico (por ejemplo, el de un juez al dictar sentencia) es justo cuando resulta de la aplicación *correcta* de una norma. La justicia aparece así como una *identidad parcial*: implica que lo que se ha decidido en un caso debe decidirse también en otro caso semejante; la idea del *precedente* y la fuerza argumentativa de la regla del *stare decisis* se basa precisamente en esta noción. Ahora bien, la justicia en la aplicación del Derecho es una noción preferentemente formal, procedimental, que no excluye la injusticia, puesto que se puede aplicar «justamente» una norma injusta. O bien se puede aplicar correctamente una regla en sí misma justa pero que, al venir formulada en términos generales, puede no adecuarse completamente al caso concreto y provocar así resultados injustos; en este último caso entra en juego la llamada *equidad*, es decir, la operación consistente en adecuar la norma general y abstracta a las características peculiares de cada caso. No obstante, a pesar de todos estos problemas, existe un amplio acuerdo a la hora de determinar ciertos requisitos (formales) que deben cumplirse para que un acto de aplicación del Derecho pueda considerarse justo: por ejemplo, debe ser el resultado de la aplicación de normas generales y preexistentes al caso, deben haberse cumplido los requisitos del «debido proceso», lo que significa que los afectados tuvieron oportunidad de expresar sus puntos de vista, de aportar pruebas, etcétera.

La justicia como identidad parcial.

La equidad.

Mucho más complejo resulta establecer criterios que permitan decidir cuándo una norma o un orden jurídico es justo. O, mejor dicho, lo que no parece posible es obtener criterios de aceptación generalizada y que puedan ser realmente operativos. Así, simplificando un tanto las cosas, mientras que los autores iusnaturalistas sostienen que una regla es justa si está de acuerdo con un orden natural, inmutable e invariable, los utilitaristas basan su postura en el principio de la mayor felicidad para el mayor número, los historicistas apelan a una determinada ley de evolución de la sociedad (que, por supuesto, a unos les dice una cosa y a otros otra) y algunos emotivistas han llegado a pensar, lisa y llanamente, que la justicia —entendida en el nivel de la norma— es un ideal puramente irracional: no hay contestación racional a la pregunta de cuándo una norma o un or-

den jurídico son justos. Conviene tener en cuenta también que la distinción entre justicia en la aplicación (justicia del acto) y justicia de la norma no coincide del todo con la distinción entre justicia formal y justicia material: los criterios que se han propuesto históricamente para establecer cuándo una norma es justa pueden, y suelen, ser formales, mientras que algunos de los requisitos de la justicia del acto son ciertamente materiales, en el sentido de que hacen referencia a contenidos concretos y determinados.

Justicia formal y justicia material.

Finalmente, el tercer nivel de análisis al que se refiere Perelman es el del *agente justo* que, a su vez, puede entenderse de dos maneras: 1) agente justo es el que efectúa actos justos o el que crea o conoce reglas justas, en cuyo caso, la idea del agente justo no añade nada a lo anterior; 2) agente justo es el principio de toda justicia: una regla o un acto son justos porque derivan o han sido realizados por un agente justo. Entendida de esta segunda forma, la idea del agente justo permitiría contestar a las cuestiones planteadas en los otros dos niveles. Y, efectivamente, ésta es la vía que se ha seguido con cierta frecuencia a lo largo de la historia. Ejemplos de ello son: la idea de justicia en las sociedades primitivas, como por ejemplo la que expresan los profetas judíos; el iusnaturalismo voluntarista medieval (Duns Scoto, Occam), que oponía a la tesis intelectualista (de santo Tomás) condensada en la afirmación de que «algo es bueno y por eso Dios lo quiere» esta otra fórmula: «Dios quiere algo y por eso es bueno»; el imperativo categórico kantiano, en el que el agente justo no es ya un ser externo al hombre o situado por encima de él, sino que ahora se trata del propio hombre, de su propia conciencia; o la concepción de la justicia más difundida en los últimos años y de la que luego nos ocuparemos, la de John Rawls.

Dos formas de entender «agente justo».

Una vez efectuadas estas primeras labores de exploración, con las que se trataba de despejar mínimamente el campo de trabajo, en los siguientes apartados de este capítulo vamos a llevar a cabo tres operaciones distintas: la primera consistirá en analizar las ideas de igualdad, libertad y seguridad, en cuanto componentes más simples, aunque no carezcan de complejidad, de la idea de justicia; a continuación efectuaremos una breve síntesis de algunas de las principales concepciones de la justicia (es decir, de algunas de las respuestas dadas históricamente al problema de cuándo una norma o un sistema jurídico, sus actos de aplicación y/o sus agentes son justos); y, finalmente, nos

ocuparemos de los derechos humanos, esto es, del conjunto de principios y normas que, de alguna forma, vienen a constituir el código de justicia «vigente» en las sociedades contemporáneas. En cierto modo, los tres apartados se corresponden, respectivamente, con la distinción entre metateoría de la justicia, teoría normativa de la justicia y teoría descriptiva de la justicia, pero conviene insistir en que esta distinción no debe efectuarse de una manera rígida; por ejemplo, una concepción normativa de la justicia lleva siempre consigo análisis conceptuales que caerían en el campo de la metateoría de la justicia, y no puede dejar de considerar cuáles son las prácticas, normas y valores vigentes que constituyen, como hemos visto, el objeto de estudio de la teoría descriptiva de la justicia.

3.2. Justicia e igualdad

Significados de «igualdad».

La expresión «igualdad» tiene, en el lenguaje jurídico, político y ético, una amplia gama de significados. Es frecuente incluso que en un mismo texto —como la Constitución española de 1978— aparezca utilizada en sentidos muy variados. Veamos algunos ejemplos: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la *igualdad* y el pluralismo político» (art. 1.1); «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la *igualdad* del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas» (art. 9.2); «los españoles son *iguales* ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social» (art. 14); «(los ciudadanos) tienen derecho a acceder en condiciones de *igualdad* a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes» (artículo 23.2); «todos contribuirán al sostenimiento de las cargas públicas de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de *igualdad* y progresividad» (art. 31.1); «todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado» (art. 139.1; la referencia aquí es sólo implícita). Es decir, en nuestra Constitución aparecen, al menos, los siguien-

tes conceptos de igualdad que iremos aclarando a lo largo de esta exposición: igualdad de trato (art. 1.1); igualdad material o igualdad *en* la ley (art. 9.2); igualdad *ante* la ley (art. 14 y 139.1); igualdad política o igualdad en la participación (art. 23.2); igualdad en el resultado de la distribución (art. 31.1).

Por lo menos en el marco de la cultura occidental, la idea de justicia ha ido casi siempre unida a la de igualdad; por eso, la existencia de algunos ejemplos de lo contrario (como el sofista Caliclés o Nietzsche) suelen ser contemplados como casos verdaderamente extremos y que se colocan, de alguna manera, «más allá del bien y del mal». Sin embargo, eso no debe llevar a pensar que la «igualdad» se haya entendido siempre de la misma manera. Aristóteles, por ejemplo, a pesar de ser un entusiasta de la esclavitud, no tuvo empacho en declarar que la justicia equivalía a la igualdad. Solo que, para él, como los hombres no eran iguales, sino desiguales, tenía que tratarse de una igualdad rectificada, de una igualdad proporcional: «La relación de lo justo no es la misma la del sirviente al hombre libre, que la del hombre libre al sirviente»; es decir, la igualdad, para Aristóteles, puede ser una relación asimétrica. E incluso, tratándose de dos hombres libres, el talión, opinaba Aristóteles, no es justo sin la regla de proporción: «Si uno ha sacado un ojo a otro, no es justo contentarse con sacar un ojo al ofensor; porque es preciso que su castigo sea mayor conforme a la regla de proporción, puesto que el ofensor fue el primero que atacó y cometió el delito».

Justicia distributiva y justicia conmutativa.

Precisamente, Aristóteles efectuó una distinción, que tuvo una gran fortuna histórica, entre justicia distributiva y justicia conmutativa, y que se basa en dos maneras distintas de entender la igualdad: como proporción geométrica o como proporción aritmética. La justicia que tiene lugar en la *distribución* de los honores y de las demás cosas que el Estado puede dividir entre los ciudadanos, teniendo en cuenta el mérito, el valor, el rango, etcétera (de manera que el trato entre uno y otro de esos ciudadanos puede ser igual o desigual) es la *justicia distributiva*. Mientras que la justicia a través de la cual se da a cada uno en igual medida la llama Aristóteles justicia sinalagmática o rectificadora, y la tradición escolástica medieval (Fassò), *conmutativa*; esta última puede dividirse, a su vez, en voluntaria e involuntaria, según que las relaciones (de cambio) se deriven de contratos (igualdad o equivalencia, por ejemplo, entre lo que se da y lo que se recibe) o sean producto de actos

ilícitos (equivalencia o proporción entre el delito y la pena). Ahora bien, esta división de la justicia en distributiva y conmutativa sólo tiene sentido en una sociedad de tipo premercantil (esclavista o feudal) basada en una organización *jerárquica* de los sujetos; y desaparece con el predominio de las relaciones de mercado que presuponen, precisamente, la igualdad entre todos los sujetos que intervienen en el mismo.

La idea moderna de igualdad.

En realidad, hasta la época moderna, y especialmente hasta las revoluciones norteamericana y francesa, la idea de igualdad no puede separarse del contexto de un mundo organizado estamentalmente. Es una igualdad relativa a las desigualdades de las posiciones sociales que ocupan los sujetos. El cambio en esta concepción, el origen de la idea de igualdad en el sentido que hoy le atribuimos, proviene del Renacimiento y se vincula con tres acontecimientos de una enorme significación para la historia de la cultura occidental (Kristol): 1) El surgimiento de las nuevas ciencias experimentales —como la astronomía y la física— que niegan la superioridad del espíritu sobre la materia; se produce así una nivelación entre los fenómenos terrestres y los celestes. 2) La reforma protestante; Lutero niega las diferencias entre la autoridad eclesiástica y los seglares. 3) La aparición de la burguesía y del modo de producción burgués o capitalista que, como hemos visto, exige la igualación de los individuos, aunque sólo sea en un plano formal y abstracto; por eso en el mundo moderno será la burguesía la que canalice la ideología de los derechos humanos.

Igualdad de características e igualdad de trato.

Naturalmente, la labor de precisar y aclarar el significado de «igualdad» no exige sólo un análisis histórico. Es necesario también llevar a cabo una serie de distinciones conceptuales importantes. Y la primera de ellas es la que permite oponer la *igualdad de características* a la *igualdad de trato* (Oppenheim). El primero de estos conceptos se puede formular así: A y B son iguales si comparten una serie de características (x, y, z). Se trata, naturalmente, de un concepto *relativo*, en el sentido de que la igualdad entre dos o más seres (personas o cosas) depende de las características en que basemos la comparación. Por ejemplo, el enunciado «todos los hombres son iguales» carecería de sentido —o sería manifiestamente falso— si la referencia a la igualdad se interpretara de manera absoluta (pues siempre habrá alguna característica en la que dos hombres difieran entre sí); mientras que, interpretado de manera relativa, lo que expresa el enunciado es que las características comunes de los

hombres son más numerosas (o más sobresalientes) que las divergentes. Y éste es precisamente el sentido de igualdad que aparece en la teoría del Derecho natural de la tradición empirista anglosajona (Hume, Hobbes, Locke) y que continúa Hart con su concepción del «contenido mínimo de Derecho natural». Así, para Hart, la igualdad *aproximada* de los hombres (de donde él deriva la necesidad de un sistema de abstenciones y concesiones mutuas, es decir, la necesidad de la moral y del Derecho) significa que aunque «los hombres difieren entre sí en fuerza física, agilidad y aun más en capacidad intelectual», sin embargo «ningún individuo es más poderoso que los otros hasta tal punto que pueda, sin cooperación, dominarlos o sojuzgarlos, salvo durante un término muy breve».

Ser y deber ser.

Pues bien, mientras que la igualdad de características es una cuestión de hecho, la igualdad de trato es una noción prescriptiva: afirmar que A y B *deben ser* tratados de la misma manera (siempre o en determinadas circunstancias) no es lo mismo que afirmar que A y B *son* iguales (en x, y, z). La crítica de Bentham a las Declaraciones populares de derechos —de la que luego nos ocuparemos— tiene que ver, precisamente, con esta distinción (o con la falta de esta distinción): los hombres, protestaba Bentham, no «nacen y permanecen libres e *iguales* en derechos» (art. 1 de la Declaración de 1789) sino que, en todo caso, *deberían ser* tratados (por el Derecho) de la misma manera. Obviamente, el art. 1 de la Constitución española antes citado también debe ser interpretado de esta manera (como igualdad de trato).

Ahora bien, lo anterior no significa que no haya ninguna conexión entre la igualdad de trato y la igualdad de características: la afirmación de que los hombres deben ser tratados de manera igual suele basarse en la idea de que los hombres son iguales respecto a determinadas características consideradas esenciales. La definición de la justicia de Perelman que ahora examinaremos trata, precisamente, de unir estos dos aspectos.

Regla formal y reglas materiales de justicia.

Según Perelman (1964), desde un punto de vista formal la justicia consiste en «tratar igual a los seres pertenecientes a la misma categoría». Pero esta regla de justicia, que —hemos de insistir en ello— es puramente *formal*, debe ir acompañada de algún criterio material (regla *material* de justicia) que permita establecer cuándo dos seres pertenecen a la misma categoría, es decir, cuáles son las características de las que depende que dos o más seres sean considerados como iguales. En su opinión —y su cla-

sificación, con algunas variantes, es de aceptación generalizada— se pueden distinguir seis grandes criterios (o reglas materiales de justicia) que sirven al mismo tiempo para definir otros tantos tipos de sociedad y de ideología:

1. *A cada uno lo mismo.* Implica un sentido absoluto de igualdad (sólo hay una categoría de seres) que quizás haya existido en alguna comunidad primitiva (y que caracterizaría a una ideología anarquista extrema), pero que choca con la existencia de sociedades estructuradas según relaciones de subordinación y de jerarquía.

2. *A cada uno según lo atribuido por la ley.* Supone una concepción de la justicia netamente conservadora: de alguna forma, la justicia deja de ser un criterio para valorar el Derecho (pues Derecho y justicia coinciden). No cabe duda, por otro lado, de que este criterio de igualdad («son iguales los que establece la ley como iguales») producirá resultados *desigualitarios* si se estima que la ley no recoge una verdadera igualdad. La definición de la justicia como «dar a cada uno lo suyo» que habíamos traído a colación al comienzo de este capítulo, se ha solido interpretar precisamente de esta manera («lo suyo» es lo que establece la ley como tal).

3. *A cada uno según su rango.* Se trata de una concepción de la igualdad característica de las sociedades esclavistas o estamentales y que, desde luego, presupone —y consagra— la desigualdad social. Como antes vimos, constituye el núcleo de la noción antigua y medieval de justicia distributiva.

4. *A cada uno según sus méritos o su capacidad.* Éste sería el criterio de justicia inspirador de las sociedades capitalistas que se basan en el principio de la libre competencia económica. Las desigualdades entre los individuos quedarían justificadas en la medida en que sus capacidades (que se miden por el éxito económico) son distintas. Las objeciones que se han formulado a este criterio derivan de que las «capacidades» de los individuos dependen, en definitiva, de las oportunidades culturales, sociales y, sobre todo, económicas, que son desiguales; además, los ancianos, los niños o los enfermos tendrían que quedarse fuera del reparto, etcétera.

5. *A cada uno según su trabajo.* Es el principio de justicia de la sociedad socialista o, mejor dicho, de la fase de transición desde el capitalismo hasta el verdadero socialismo (o comunismo). La superioridad de este criterio con respecto al anterior

la veía Marx (1875) en que aquí no se reconoce ya ninguna distinción de clase («cada uno no es más que un obrero como los demás») al haberse abolido la propiedad privada de los medios de producción. Pero como los individuos, seguía argumentando Marx, son desiguales en cuanto a sus aptitudes, rendimiento, condiciones familiares, etcétera, el criterio acaba por producir necesariamente desigualdad.

6. *A cada uno según sus necesidades.* Es, finalmente, la regla de justicia de la sociedad comunista que Marx (1875) formulaba de la siguiente manera: «En la fase superior de la sociedad comunista, cuando haya desaparecido la subordinación esclavizadora de los individuos a la división del trabajo, y con ella, la oposición entre el trabajo intelectual y el trabajo manual; cuando el trabajo no sea solamente un medio de vida, sino la primera necesidad vital; cuando, con el desarrollo de los individuos en todos sus aspectos, crezcan también las fuerzas productivas y corran a chorro lleno los manantiales de la riqueza colectiva, sólo entonces podrá rebasarse totalmente el estrecho horizonte del Derecho burgués, y la sociedad podrá escribir en su bandera: ¡De cada cual, según su capacidad; a cada cual según sus necesidades!». El problema estriba en que si por «necesidad» se entiende lo que cada individuo siente efectivamente como tal, es difícil no ver este principio como una ilusión utópica, en cuanto que ignora la posibilidad de que surjan conflictos en el proceso de satisfacción de tales necesidades. Queda entonces la posibilidad de construir un concepto *objetivo* de necesidad. Esto último es lo que ha tratado de hacer recientemente A. Heller al desarrollar el concepto marxista de *necesidad* y elaborar un criterio de la ética —de la justicia— que se basaría en el principio de reconocimiento y satisfacción de las necesidades *radicales* (aquellas necesidades cualitativas y auténticas que sólo pueden ser satisfechas en una sociedad plenamente desalienada) de todos los hombres. Pero el problema que se plantea ahora es el siguiente: ¿quién establece, y cómo, cuáles son las necesidades auténticas de los hombres? Curiosamente, y como luego veremos, la solución que parece apuntar Heller es bastante kantiana: «Todas las necesidades deben ser satisfechas con excepción de aquellas cuya satisfacción presupone que se convierta al hombre en un simple medio para los demás». Pero ¿es éste realmente un criterio operativo?

Las necesidades radicales.

En realidad, ninguno de estos criterios parece ser enteramente satisfactorio (aunque por diversas razones, lo que hace que

unos sean menos insatisfactorios que otros), pero ello no quiere decir tampoco que sean enteramente inútiles. De hecho, cuando se trata de evaluar un orden jurídico o social se suele acudir a todos o casi todos estos criterios otorgando a cada uno de ellos un mayor o menor peso según la ideología de quien efectúa la valoración. Es corriente, por ejemplo, aceptar que todos debemos recibir exactamente el mismo trato por lo que se refiere a ciertos bienes o necesidades básicas (sanidad, educación, etcétera), y admitir al mismo tiempo que se dé un trato de preferencia a quien muestre mayor mérito o capacidad (por difícil que resulte medirlo), que reciba más el que trabaja más (lo que no implica que no reciba nada el que no trabaja por razones de edad, enfermedad, crisis económica), etcétera.

Igualdad en el proceso y en el resultado de la distribución.

Otra de las distinciones conceptuales importantes a propósito de la igualdad se podría formular así (Oppenheim): cuando se trata de distribuir algo *igualitariamente*, la operación puede efectuarse según una regla que trate de establecer la igualdad en el *proceso* de la distribución, pero no en el resultado obtenido; o según una regla que persiga la igualdad en cuanto al *resultado*. Por su lado, este segundo tipo de igualdad puede obtenerse: a través de una regla de reparto igualitaria (el sufragio universal, por ejemplo, promueve la igualdad política —en cuanto resultado, es decir, en términos de reparto efectivo del poder político— en mayor medida que el sufragio restringido), o bien a través de una regla de reparto desigualitaria (principio de la imposición progresiva, según el cual debe pagar más el que más tiene —art. 31.1 de la Constitución—). De aquí se desprende también que una regla puede ser igualitaria por lo que se refiere al proceso de distribución y desigualitaria en cuanto al resultado de la misma: un impuesto igual para todos (por ejemplo, las tasas universitarias) produce un resultado desigualitario pues los individuos a quienes se aplica parten de situaciones económicas desiguales.

La distinción entre igualdad en el proceso de distribución e igualdad en el resultado de la distribución es útil, entre otras cosas, para entender mejor la diferencia entre dos tipos de igualdad política y de democracia: una cosa es la igualdad en los procesos de elección de los representantes políticos —para elegir o para ser elegido (art. 23 de la Constitución)— que es lo que caracteriza a la democracia representativa; y otra cosa es la igualdad política entendida como reparto igual del poder político entre los miembros de la sociedad, que es lo que define a la democracia directa o participativa (apuntada también en el ar-

tículo 23.1 de la Constitución: «los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, *directamente* o por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal»). Más adelante volveremos sobre este tema.

Igualdad política, igualdad ante la ley e igualdad en la ley.

Finalmente, la *igualdad política* —en cuanto igualdad para participar en los procesos de elaboración de las normas jurídicas— debe distinguirse de la *igualdad ante la ley* y de la *igualdad en la ley.* La igualdad ante la ley viene a coincidir, en amplia medida, con lo que antes se ha denominado justicia del acto: implica que las normas deben aplicarse de manera igual a casos iguales, lo que, a su vez, presupone la existencia previa de normas generales, es decir, de normas cuyos destinatarios son, al menos potencialmente, todos los miembros de una comunidad (por ejemplo, todos los ciudadanos de un Estado). Pero la igualdad ante la ley —una de las conquistas históricas de la burguesía— no es una noción puramente formal, en cuanto que supone también, o ha llegado a suponer, la exigencia de que la ley no discrimine por razones de nacimiento, raza, sexo, religión, etcétera (art. 14 de la Constitución). La igualdad *en* la ley implica todavía algo más, a saber, la exigencia de que la ley nos haga, o contribuya a hacernos, *efectivamente* iguales (art. 9.2); es decir, se trata de que la ley persiga como objetivo igualarnos en cuanto a ciertas características (asegurando unos mínimos económicos, sanitarios o educativos), lo que supone, ya que las características de base son distintas, que el trato debe ser desigual. Esta idea de igualdad material, pero limitada, está vinculada —como luego veremos— al Estado social, intervencionista, de Derecho y con los denominados «derechos económicos, sociales y culturales».

3.3. Justicia y libertad

De la misma forma que ocurría con el término «igualdad», en nuestra Constitución, como en cualquier otra, pueden encontrarse numerosas referencias a la «libertad», que es, probablemente, la palabra más utilizada en ese texto. Es innecesario añadir que la expresión «libertad» es una de las más prestigiosas de nuestro arsenal lingüístico, y por lo mismo, una de las más imprecisas en cuanto a su significado.

El concepto moderno de libertad.

De todas formas, el significado actual de «libertad» (por muy ambiguo y vago que sea) proviene también del mundo moderno. Durante la Antigüedad y la Edad Media, el hombre libre es el no-esclavo (o no-siervo), es decir, la libertad define un cierto estatus social, no la condición de hombre. Con el «tránsito a la modernidad» (Peces Barba, 1982) se produce una serie de hechos paralelos a los que habíamos visto antes con respecto a la igualdad: el funcionamiento del mercado exige no sólo igualdad, sino también libertad para contratar, para desplazarse de un sitio a otro, etcétera; el desarrollo de la ciencia sólo es posible en un clima de amplias posibilidades para la libertad de expresión y para la crítica de las ideas heredadas; y uno de los puntos centrales de la nueva teología luterana será la libre interpretación de las Escrituras.

Para precisar el concepto de «libertad» comenzaremos por diferenciar tres distintos niveles o acepciones: la libertad natural, la libertad social y la libertad personal.

Libertad natural.

Libertad y necesidad.

El problema de la *libertad natural*, la libertad en la naturaleza, concierne a la cuestión de si los acontecimientos naturales son libres, o bien están determinados por leyes; libertad se opone aquí a necesidad, a determinismo. A nosotros nos interesa este problema en la medida en que afecta a la conducta humana. Si, por ejemplo, se aceptara que el hombre está determinado naturalmente, que, pongamos por caso, sus actos se pueden predecir de la misma manera que los fenómenos naturales, ¿diríamos también que su conducta es libre? Y si no es libre, ¿tiene algún sentido afirmar que al actuar se incumple algún *deber* o que se hace lo que está *permitido* hacer? Éste es el tipo de problema que se planteó Kant y para el que dio la siguiente respuesta: aun cuando pudiésemos llegar a calcular la conducta futura de un hombre como los eclipses de sol o de luna, podríamos seguir sosteniendo que el hombre es libre. La razón estriba en que, para Kant, el hombre no es sólo un ser natural, sino también un ser moral: su conducta sería *necesaria* desde el punto de vista natural, pero *libre* desde el punto de vista moral, desde el punto de vista de la razón práctica; en este último campo es preciso presuponer la existencia de la libertad, porque en otro caso no sería posible hacer uso de la «razón». En otras palabras, los conceptos característicamente morales, como el de «deber», «permisión», «norma de conducta», etcétera, carecerían de sentido si no existiera la libertad. Quien no acepte el trascendentalismo kantiano puede consolarse pensando que por lo menos una considerable porción de su forma de actuar es libre,

en cuanto que se trata de comportamiento no determinado, no necesario (casi siempre que realizamos un acto podríamos haber realizado otro en su lugar) y, por tanto, imprevisible. Todos los usos de la expresión «libertad» parecen implicar por lo menos que la libertad excluye tanto la necesidad como la imposibilidad; el mundo de la libertad es el mundo de la contingencia, de lo no determinado (aunque éste sea también un concepto graduable).

Libertad natural y libertad civil.

Muchas veces se ha entendido por libertad natural —especialmente en el contexto del iusnaturalismo moderno— la libertad del hombre en el estado de naturaleza, en contraposición a la libertad en la sociedad civil, una vez instituidos el Estado y el Derecho. Así, para Rousseau, mientras que la libertad natural «no tiene otros límites que las fuerzas del individuo» (se trata, por así decirlo, de un concepto *físico* de libertad que se conecta con la noción que hasta ahora hemos analizado), la libertad *civil* «está limitada por la voluntad general»; y la ventaja que ve Rousseau a favor de esta última es que sólo ella es una libertad *segura.*

Libertad social.

Nos corresponde ahora precisar el concepto de *libertad social.* Para ello, lo primero que debemos tener en cuenta es que se trata de un concepto relacional: la libertad es un tipo de relación que tiene lugar entre personas o entre grupos y a propósito de ciertas conductas. Por otro lado, y siguiendo a Oppenheim, empezaremos por dar una definición de la no-libertad social, que es la siguiente: «Con respecto al agente B, el agente A no es libre de realizar la acción X si y sólo si B hace que la acción X sea imposible para A (por ejemplo, cuando se niega el pasaporte a un ciudadano o se le imposibilita de otra manera que pueda viajar al extranjero) o que la acción X sea punible para A (por ejemplo, si dicha acción se tipifica como delito)». A partir de aquí, la definición de libertad social sería así: «Con respecto al agente B, el agente A es libre de hacer X o Z, si y sólo si B no hace que sea imposible o punible para A hacer X o Z». Es importante tener en cuenta que la proposición en que se enuncia la libertad social no es simplemente la conversa de la primera, pues en la segunda aparece una alternativa de acción (X o Z) que no existe en la primera (la libertad de voto, por ejemplo, implica necesariamente que uno debe tener la posibilidad de votar o de abstenerse; si la acción de votar es obligatoria —como ocurre en algunos países en donde, no obstante, existe libertad para elegir entre varias opciones— entonces di-

cha acción no es libre). Además, en las definiciones anteriores A y B pueden representar individuos, grupos u órganos estatales, lo que nos permite distinguir diversos tipos de libertad social. La libertad jurídica puede definirse como aquel tipo de libertad social en que la relación entre A y B o bien las consecuencias de dicha relación están reguladas por normas jurídicas. Y las llamadas libertades «públicas» serían, a su vez, un subtipo de las libertades jurídicas, en las que A representa a un individuo o a un grupo y B al Estado o a algún órgano estatal (lo cual no quiere decir que en las otras libertades jurídicas no aparezca el Estado, como garante o protector de dichas relaciones).

Libertad jurídica.

Libertades públicas.

Finalmente, por *libertad personal* se entiende la libertad que tiene como referencia a la persona humana, al individuo: se trata, por tanto, de los mismos tipos de libertad que hemos visto hasta ahora, sólo que contemplados desde el punto de vista del individuo. Una manera radical de entender la libertad personal es la que está presente en algunas de las obras de Marx: en los *Grundrisse*, por ejemplo, la libertad se entiende como el fin de la alienación humana, el final de toda supeditación del hombre al poder de otro hombre o de la naturaleza. Pero el sujeto de esa libertad no es el individuo aislado, sino el «individuo social» que surge cuando el desarrollo de la producción material, como consecuencia a su vez del progreso tecnológico y científico, permite la reducción del trabajo necesario de la sociedad a un mínimo y el individuo puede desarrollar libremente todas sus potencialidades «gracias al tiempo que se ha vuelto libre [es decir, ocio] y a los medios creados para todos». Ciertamente, se trata de un concepto límite de libertad: cuando dejen de existir relaciones de poder dejará de tener sentido hablar de libertad, de la misma manera que —como decía Heráclito— «los hombres no hubiesen conocido el nombre de justicia si ésta [la injusticia] no existiese». Pero hasta que llegue ese momento (que no parece, por cierto, muy próximo) merece la pena ocuparse, con más detalle de lo que lo hemos hecho hasta ahora, de algunos de los usos de «libertad» en contextos jurídicos y políticos.

Libertad personal.

Libertad y alienación.

En muchas ocasiones, la libertad se entiende como la facultad de hacer o no hacer determinadas acciones sin ser obstaculizado por los demás. Se habla entonces de *libertad negativa*, pues la obligación de los no titulares de la libertad, incluido el Estado, es precisamente una obligación negativa: consiste en

Libertad negativa.

no intervenir en ciertas esferas de actuación de los individuos (o de los grupos). El Estado sólo deberá intervenir, excepcionalmente, para reprimir comportamientos de otros miembros de la sociedad que vayan contra el ejercicio de tales libertades; más concretamente, el Estado cumpliría una función *garantista* con respecto a los titulares de las libertades, y *represiva* con respecto a quienes trataran de impedir tal ejercicio. Ejemplos de libertades negativas son: la libertad de expresión (art. 20 de la Constitución), de reunión y manifestación (art. 21), de residencia y circulación (art. 19). La definición de libertad social de Oppenheim, que hemos expuesto anteriormente, define precisamente este tipo de libertad.

Ahora bien, la libertad negativa responde a la concepción «liberal» de la libertad y se basa en la idea de que los individuos son libres en cuanto que no están sometidos a normas: cuantas menos sean las normas jurídicas, más numerosas y más amplias serán las esferas en que el individuo goce de libertad. Pero la libertad se puede entender también de una manera distinta. Se puede pensar que libre no es quien no se ve coaccionado por los demás en su actuación, sino quien no tiene que obedecer otras normas que las que él mismo se ha impuesto. Se hablará entonces de libertad como autodeterminación o de *libertad política*: ser libre políticamente significa poder participar en la designación y eventual control de los gobernantes y en la elaboración de las leyes (art. 23 de la Constitución). Para Rousseau, por ejemplo, el ciudadano libre es el que participa en el proceso de formación de la voluntad general cuya expresión es la ley. Y Rousseau, por cierto, era consciente de que esta manera de entender la libertad —sobre ello volveremos en seguida— podía entrar en contradicción con la anterior: «el que se niegue a obedecer a la voluntad general podrá ser obligado a ello por todo el cuerpo, lo cual no significa otra cosa sino que se le obligará a ser libre». Por contraste con la concepción liberal, se suele decir que ésta es una concepción *democrática* de la libertad: liberalismo y democracia no son términos sinónimos o no lo han sido históricamente. Además, se trata de una concepción *positiva* de la libertad que hace hincapié no en la idea de abstención, sino en la de participación. Pero no es todavía la libertad material o real a la que ahora me referiré.

Libertad política.

Liberalismo y democracia.

Libertad real.

Libertad material o *real* viene a significar tanto como capacidad para actuar; en relación con las anteriores nociones de libertad implica la exigencia de que tanto las libertades negati-

vas como las libertades políticas no tengan un carácter puramente abstracto, sino que se plasmen en posibilidades reales (art. 9.2 de la Constitución). El Estado tendrá, pues, que intervenir activamente a fin de asegurar a todos los miembros de la sociedad una serie de prestaciones sociales, económicas y culturales que les permita dotar de contenido a las libertades demoliberales. Ahora no se trata ya ni del Estado liberal ni del Estado simplemente democrático, sino del Estado social de Derecho o, para emplear la frase ambigua de nuestra Constitución, del Estado «social y democrático de Derecho».

La libertad de los modernos y la libertad de los antiguos.

El problema que debemos afrontar ahora es el de si estos distintos tipos de libertad son o no compatibles entre sí. El pensamiento jurídico y político de los dos últimos siglos (Cerroni) se ha planteado con cierta frecuencia la contraposición entre «la libertad de los modernos» (la libertad negativa del liberalismo) y «la libertad de los antiguos» (la libertad como participación cuyo modelo sería la antigua Grecia y Roma, aunque, naturalmente, sólo en relación con los hombres libres, con los ciudadanos). A comienzos del siglo XIX, B. Constant escribía que la única libertad posible en su época era la libertad negativa, que consideraba incompatible con el concepto positivo de libertad (la libertad de los antiguos). La concepción liberal de la libertad que defendía Constant presupone, en efecto, la existencia de una separación entre la vida privada y la vida pública, entre el individuo y el Estado. Ahora bien, en la ciudad-Estado, el individuo se identificaba con el ciudadano, no existía esta contraposición entre lo público y lo privado, de manera que tampoco tenía sentido establecer esferas privativas para la actuación del individuo. Siglo y medio después, I. Berlin, en un artículo famoso, seguía insistiendo en la dialéctica existente entre estas dos maneras de entender la libertad: la libertad que consiste en que otros hombres no me impidan escoger lo que quiero, y la libertad consistente en ser nuestro propio amo; pero aun enfatizando los peligros de una concepción positiva de la libertad reconocía que ambas nociones no eran lógicamente incompatibles. En realidad, habría que decir que las relaciones entre estos dos tipos de libertad son sumamente complejas. Como ha escrito F. Laporta, en la mayoría de las situaciones la libertad negativa y la libertad positiva no tienen implicaciones lógicas (la mayor participación democrática en la elaboración de las normas no significa necesariamente más esferas de libertad negativa, mientras que un sistema políticamente poco re-

presentativo —con poca libertad política—, como el liberalismo clásico, puede dejar un amplio margen a las libertades negativas), pero hay situaciones en las que ambos tipos de libertad son interdependientes: la libertad política, positiva —al menos tal y como hoy la entendemos—, implica el reconocimiento de un conjunto de libertades negativas: libertad de expresión, de asociación, de voto, etcétera.

Libertad y capacidad.

Por su parte, las relaciones entre estas dos formas de libertad y la tercera —la libertad material— podrían establecerse así: la libertad entendida como capacidad no interfiere con las anteriores libertades, sino con las condiciones para su ejercicio, que es algo distinto: el director de un periódico que no publica un artículo que le envío no atenta contra mi libertad de expresión, sino que, sencillamente, limita mi capacidad para ejercer tal libertad; el establecimiento de impuestos o la intervención del Estado en la economía (Laporta) no atenta contra la libertad económica de los particulares —como sostienen los neoliberales de hoy—, sino que, sencillamente, limita la capacidad de ciertos ciudadanos para ejercer tal libertad (la única libertad que coarta un impuesto es la acción de no pagarlo). Otra cosa —y, por cierto, bastante razonable— es pensar que sin una efectiva capacidad para poder realizarlas, las libertades negativas o positivas dejan de ser valores estimables. En cualquier caso, lo que parece claro es que si la falta de capacidad es total, entonces no cabe hablar de libertad (es decir, la imposibilidad, como recogía la definición de Oppenheim, excluye la libertad).

Libertad e igualdad.

Finalmente, aparece una última posibilidad de conflicto entre la libertad y la igualdad. Es la tesis esgrimida por el liberalismo conservador del siglo XIX (Tocqueville, Burke, Cánovas del Castillo) y por los neoliberales contemporáneos para justificar la desigualdad. Y, desde el punto de vista opuesto, la tesis de una concepción autoritaria del socialismo que declara sin valor todas las libertades hasta la consecución de una sociedad plenamente igualitaria. Hoy en día, se suele aceptar que el valor máximo del liberalismo es el de libertad, mientras que del socialismo lo es el de igualdad, y que estos dos valores se complementan entre sí en muchas ocasiones, pero no en todas. Cuando surge el conflicto, por ejemplo, a propósito del derecho a la educación, los unos abogan por la libertad de enseñanza, mientras que los otros sacrifican dicha libertad en aras de la igualdad (enseñanza obligatoria y gratuita). Sin embargo, después del análisis conceptual que venimos haciendo a propósito

Liberalismo y socialismo.

de la igualdad y la libertad, estamos en condiciones de precisar más los términos de la discusión y afirmar que el conflicto sólo se plantea cuando se parte de significados de «libertad» y de «igualdad» pertenecientes a niveles distintos. Por ejemplo, puede existir conflicto entre la libertad negativa y la igualdad efectiva o igualdad en la ley (como es el caso del derecho a la educación), mientras que no existe incompatibilidad, sino más bien una estrecha correspondencia, entre la libertad negativa y la igualdad ante la ley; la libertad de autodeterminación o positiva y la igualdad política; la libertad material y la igualdad en la ley. La contraposición entre el liberalismo y el socialismo no debería verse, pues, como una abstracta contraposición entre libertad e igualdad, sino más bien entre maneras distintas de entender la libertad y la igualdad y sus relaciones mutuas.

3.4. Justicia y seguridad

La tercera de las nociones que, según hemos convenido, componen la idea de justicia es la de seguridad, que es también —e inevitablemente— un concepto controvertido y no del todo claro. Mientras que para algunos la seguridad es «el motivo radical o la razón de ser del Derecho» (Recasens) o, dicho de otra manera, el valor jurídico fundamental: «es más importante la existencia de un orden jurídico que su justicia y finalidad; estas últimas son las grandes tareas secundarias del Derecho; la primera, consentida igualmente por todos es la seguridad, es decir, el orden, la paz» (Radbruch); otros autores han hablado del «mito de la certeza» que constituiría «un rasgo de la mentalidad infantil» (J. Frank) o, en forma más matizada (Kelsen), de que la «seguridad jurídica», esto es, la idea de que el Derecho es un orden fijo que determina de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los jueces y otros órganos encargados de aplicar el Derecho, es una «ilusión» que la teoría pura del Derecho debe procurar destruir. Es posible que todos estos autores no entiendan por «seguridad jurídica» exactamente lo mismo, pero nosotros vamos a partir, a fin de esclarecer dicho concepto, del planteamiento que efectúa Kelsen; en la última edición de *La teoría pura del Derecho* (1960), se formula una distinción entre orden, seguridad colectiva

Orden, seguridad colectiva y paz.

y paz que interesa recoger aquí. Un *orden jurídico*, un sistema de normas, al determinar las condiciones bajo las cuales puede ejercerse la coacción, la fuerza física, protege a los individuos contra el uso de la fuerza física por parte de otros. Cuando la protección alcanza ciertos mínimos, entonces se habla de *seguridad colectiva*; ésta, según Kelsen, logra su grado más elevado cuando el uso de la fuerza es un monopolio de los órganos establecidos por el propio Derecho, esto es, en el Estado moderno. Por su parte, la seguridad colectiva aspira a la *paz*, a la ausencia del uso físico de la fuerza, «pero la paz del Derecho es sólo una paz relativa, no absoluta, puesto que el Derecho no excluye el recurso a la fuerza, es decir, la coacción física del hombre por el hombre». Este planteamiento de Kelsen está relativamente próximo a la distinción entre orden, certeza y seguridad en sentido estricto que en seguida efectuaremos.

Seguridad y libertad.

Antes conviene todavía decir algo a propósito de la contraposición, muchas veces postulada, entre seguridad y libertad (o justicia). La seguridad, el orden, es un argumento que se ha utilizado muchas veces para justificar normas o actuaciones que suponen limitaciones para las libertades y derechos de los individuos; y no han sido pocos los autores que han sostenido que una norma injusta debe ser, sin embargo, obedecida si de esta forma se consigue mantener el orden. Sin embargo, una adecuada concepción de la seguridad jurídica debería, en mi opinión, mostrar que seguridad y justicia no son valores contrapuestos, sino que, más bien, el primero es un componente necesario del segundo.

Seguridad en sentido amplio: capacidad de prever.

Para el análisis que sigue, partiremos de un concepto muy amplio de seguridad jurídica, que es el siguiente: la seguridad jurídica es la capacidad que nos proporciona el Derecho de prever, hasta cierto punto, la conducta humana y las consecuencias de dicha conducta. Esta capacidad de previsión no es sólo limitada, sino también variable —es decir, todos los sistemas jurídicos no ofrecen la misma seguridad jurídica—, lo cual nos va a permitir distinguir tres niveles de seguridad: orden, certeza y seguridad en sentido estricto.

Orden.

El primero de estos niveles es el del *orden*. El Derecho, para ser tal, debe ordenar la conducta humana y lograr un mínimo de previsibilidad, de saber a qué atenerse (E. Díaz, 1971). Dicho de otra manera, el Derecho es, como vimos en el capítulo segundo, un sistema de control social que, mediante normas e instituciones —una de ellas es, como luego se verá, la dogmática jurídica—, in-

tegra y regula el comportamiento del hombre en la sociedad. Ésta es una característica de cualquier Derecho, pero también de los otros sistemas de control social (la moral, la religión, los usos sociales, etcétera).

Certeza jurídica.

En cuanto sistema de control social, lo que distingue al Derecho de las otras formas de ordenación de la conducta es que aquél —en particular el Derecho moderno— alcanza un especial grado de previsibilidad que llamaremos *certeza jurídica*. En comparación, por ejemplo, con las normas morales —de moral social— que sólo señalan el sentido general de la conducta de los individuos, cabría decir que las normas jurídicas son mucho más precisas y, además, su cumplimiento está *asegurado* por el respaldo coactivo que le presta el Estado. Esta última idea es la que está detrás de la contraposición que establecían los iusnaturalistas de la época moderna entre el estado de naturaleza y el estado de sociedad civil: el primero se define fundamentalmente por la nota de inseguridad que hace que los hombres tengan que establecer un pacto que funde —y fundamente— el Estado y que permita que una serie de bienes y derechos (la vida, la libertad, la propiedad, etcétera) resulten seguros.

De nuevo sobre las normas primarias y secundarias.

La certeza del Derecho es, sin embargo, variable: menor en los sistemas poco evolucionados (que, en el límite, tienden a confundirse con la moral) y mayor en los sistemas jurídicos desarrollados que Hart caracterizaba, según vimos, por la presencia en los mismos de normas secundarias. Estas normas secundarias cumplirían una función de *certeza* (que se añade a la función de *orden* de las normas primarias) en cuanto que permiten establecer cuándo una norma pertenece al sistema (regla de reconocimiento); cuándo y cómo se puede cambiar una norma del sistema (normas de cambio, que también cumplen una función de certeza al fijar requisitos para efectuar una operación necesaria, la de cambiar las normas, que se vuelve así menos incierta), y cómo garantizar que los derechos y obligaciones estipuladas por las normas jurídicas se van a cumplir (normas de adjudicación o de aplicación). En el contexto del Derecho moderno —y del Estado de Derecho— estas exigencias se concretan en una serie de principios que, en una amplia medida, vienen a coincidir con lo que antes denominamos justicia del acto y justicia procedimental. Así, en la Constitución española (artículo 9.3) y en otras normas básicas del ordenamiento jurídico español se recogen una serie de principios como los siguientes: principio de legalidad, de publicidad de las leyes, de ignorancia

del Derecho (es decir, de obligatoriedad de las normas jurídicas aun cuando sean ignoradas), de jerarquía normativa (la norma superior prevalece, en caso de conflicto, sobre la inferior), de cosa juzgada (las decisiones de los órganos supremos son definitivas, sobre ellas no cabe volver a entrar), de irretroactividad, de respeto a los derechos adquiridos, de prohibición de interpretación analógica en ciertos sectores del Derecho como el Derecho penal, etcétera.

Certeza y sistema jurídico.

La idea de certeza jurídica está también vinculada con la de *sistematización* del Derecho que inspiró los movimientos de codificación de los siglos XVIII y XIX. Para que un conjunto de normas constituya un sistema en sentido estricto es preciso, fundamentalmente, que sea *completo* (que carezca de lagunas, que regule todos los casos posibles) y *consistente* (que carezca de contradicciones). Desde luego, se trata de un ideal, de una exigencia, y no de una cuestión de hecho: como veremos en un capítulo posterior, el que un conjunto de normas jurídicas integre o no un sistema es una cuestión meramente contingente. Pero, en todo caso, hay una serie de principios jurídicos que tratan precisamente de lograr la sistematicidad del Derecho: llenando las lagunas (principio de inexcusabilidad de decidir por parte de los jueces) o resolviendo las contradicciones (principios de jerarquía, de temporalidad y de especificidad). Más adelante veremos también que los principios de sistematicidad, de conocimiento del Derecho y muchos otros vinculados a la idea de seguridad jurídica —especialmente en este segundo nivel en el que ahora estamos situados— exigen hoy la incorporación de nuevas técnicas —en particular, informáticas— que deben sumarse a las más tradicionales de los juristas.

Seguridad jurídica en sentido estricto.

Por *seguridad jurídica en sentido estricto* debe entenderse, en mi opinión, la capacidad de un determinado ordenamiento jurídico para hacer previsibles, es decir, seguros, los valores de libertad e igualdad. Esto quiere decir que la seguridad —en este tercer nivel, que presupone los anteriores— se concibe esencialmente como un *valor adjetivo* respecto de los otros dos que componen la idea de justicia. Entendida de esta forma, creo que puede evitarse un uso ideológico de la expresión «seguridad jurídica» que se basa precisamente en la substantivización de este concepto. O para matizarlo más, la seguridad —la previsibilidad— es por sí misma un valor social, pero se trata de un valor graduable en función de qué sea lo que se hace previsible. En consecuencia, no tiene mucho sentido contraponer la seguridad

La seguridad es un valor adjetivo.

a la justicia o a la libertad, ya que la justicia no es otra cosa que la seguridad de que el Derecho nos proporciona un máximo de libertad y de igualdad. La seguridad no es —o no debe ser— un valor que remita necesariamente a una ideología de signo conservador; más bien cabe decir que cualquier conjunto de valores —cualquier ideología coherente— tiene que presuponer la idea de que también es un valor saber que aquéllos se van a realizar: si A, B y C son conductas o normas valiosas, poder prever, tener la seguridad de que A, B y C se realizarán, también es un valor.

Como ya se ha sugerido anteriormente, los conflictos valorativos no deben contemplarse en un plano puramente abstracto, sino más bien como conflictos entre las diversas maneras de entender la libertad, la igualdad, la seguridad y, en definitiva, la justicia. En los próximos apartados —una vez concluida esta primera tarea de esclarecimiento conceptual— examinaremos, muy someramente, algunas de las concepciones de la justicia que han tenido un mayor peso a lo largo de la historia.

3.5. La concepción iusnaturalista de la justicia

Y, entre todas ellas, la que ocupa el primer lugar, es, sin duda, la concepción iusnaturalista, que se remonta a las obras de Homero y Hesíodo o, por lo menos, a la de Heráclito y llega, de alguna manera, hasta nuestros días. Precisamente, el haber pervivido durante un lapso tan dilatado hace que su caracterización presente no pocas dificultades. A primera vista, no parece muy claro lo que puedan tener en común concepciones de la justicia tan dispares entre sí como las de los sofistas, Platón, Aristóteles, los estoicos, san Agustín, santo Tomás, los voluntaristas medievales, la escuela racionalista de Derecho natural, la escuela española de Derecho natural y de gentes, Locke, Rousseau, Hobbes...

Caracteristicas del iusnaturalismo.

Evidentemente, los elementos comunes sólo pueden encontrarse en un nivel muy abstracto. Antes hemos visto que las teorías iusnaturalistas eran teorías descriptivistas, pero el descriptivismo es una categoría muy amplia, y aunque los autores iusnaturalistas han solido ser transnaturalistas, sin duda, esto no es aplicable a todos ellos. Por otro lado, un ejemplo de teoría

típicamente descriptivista es el utilitarismo que, no obstante, en muchos aspectos es la antítesis del Derecho natural. Y si tomásemos la otra variante clasificatoria ocurriría algo parecido: es evidente que los iusnaturalistas son cognoscitivistas, pero, desde luego, no son el único ejemplo de cognoscitivismo y, por otro lado, las diversas corrientes o autores iusnaturalistas han abogado por formas muy distintas de conocimiento, incluida la revelación. En definitiva, las únicas características comunes que pueden predicarse de todos los tipos históricos de iusnaturalismo serían las siguientes: 1) lo justo se identifica con una serie de principios (más o menos amplios según el autor o escuela de que se trate) que derivan de la naturaleza (que se interpreta también de maneras muy distintas) y que son cognoscibles por el hombre (aunque se hayan propuesto formas muy distintas de conocimiento); 2) estos principios son verdaderos en la medida en que describen fidedignamente la naturaleza; 3) al menos alguno de estos principios tiene carácter inmutable y universal (es decir, la naturaleza, por lo menos en sus rasgos esenciales, es aquello que no cambia ni en el tiempo ni en el espacio).

Argumentos contra el Derecho natural.

Esta caracterización nos permite también sintetizar los numerosos argumentos dirigidos contra el Derecho natural en cuanto teoría de la justicia (la crítica al concepto iusnaturalista de Derecho ya la efectuamos en el capítulo primero). Serían los siguientes (Bobbio, 1966): 1) A lo largo de la milenaria historia del iusnaturalismo, la «naturaleza» se ha mostrado como un término absolutamente proteico y que se ha interpretado de todas las maneras imaginables. De la naturaleza se ha extraído tanto la esclavitud como la igualdad de todos los hombres, tanto la libertad religiosa como la persecución de los herejes, tanto la propiedad privada como la comunidad de bienes. Por otro lado, lo «natural» ha sido en ocasiones un concepto empírico, otras veces una noción teleológica o metafísica y, con mayor frecuencia, una mezcla de todo ello; en definitiva, parece imposible saber lo que deba entenderse por «naturaleza». 2) Lo anterior muestra también el fracaso del iusnaturalismo en la búsqueda de un medio de conocimiento de la naturaleza mínimamente seguro. 3) Aunque existiera un método fidedigno de conocimiento de lo natural (lo que debería facilitar un consenso entre todos los autores iusnaturalistas, que no ha existido), no está claro que pueda darse el paso de afirmar «esto es natural» a afirmar «esto es justo»; y prueba de ello es que puede existir acuerdo, por ejemplo, en sostener que los hombres son iguales —o apro-

La falacia naturalista.

ximadamente iguales— por naturaleza, y desacuerdo en cuanto a considerar como justo que el Derecho fomente esa igualdad o, por el contrario, trate de establecer mayores desigualdades. 4) Los autores iusnaturalistas no parecen haber logrado encontrar ningún principio que pueda considerarse como universal e inmutable, salvo tautologías del tipo «debe hacerse el bien y evitar el mal» o «dar a cada uno lo suyo». 5) Ciertamente, no hay que excluir la posibilidad de llegar a acuerdos sobre ciertos principios y normas de justicia que no sean puramente formales (tal es el caso de los «derechos humanos» en nuestros días), pero no hay por qué pensar que tales principios y normas derivan de la «naturaleza» y, sobre todo, los derechos humanos, como luego veremos, no tienen un fundamento absoluto, sino simplemente histórico.

Como es lógico, estas críticas, al situarse en un nivel muy abstracto, no dan una visión adecuada de lo que ha significado el iusnaturalismo, o mejor dicho, los diversos tipos de iusnaturalismo, a lo largo de la historia. Esto último requeriría un amplio estudio que aquí no podemos acometer. Pero sí vamos a tratar de explicar un hecho tan notable como es la pervivencia del iusnaturalismo durante unos veinticinco siglos. Las razones de ello podrían ser las siguientes:

Pervivencia histórica del iusnaturalismo.

En primer lugar, el iusnaturalismo ofrece la posibilidad de no considerar como valores últimos o únicos los recogidos en el Derecho positivo. En este sentido, suministra una vía para criticar al Derecho positivo y justificar la desobediencia a los mandatos de la autoridad que se desvíen del Derecho natural. Pero se trata de una vía de circulación en ambos sentidos, de manera que lo anterior ha podido ser utilizado también para lo contrario, para justificar el Derecho positivo.

En segundo lugar, el carácter «blando» de la ideología iusnaturalista es un argumento importante para justificar su gran fortuna histórica. Como antes vimos, lo que tienen en común los autores iusnaturalistas no es el haber dado una misma formulación de la justicia en el plano prescriptivo, sino más bien el haber fundamentado de manera análoga (a partir de la naturaleza o de la ley natural) normas y principios de justicia no coincidentes e incluso con frecuencia contrapuestos. Ello ha permitido, por ejemplo, que a lo largo de la historia, el iusnaturalismo haya aparecido en ocasiones, las más, como una ideología conservadora (Platón, Aristóteles, Cicerón, Tomás de Aquino), pero

otras veces como una ideología reformista (los sofistas) o incluso revolucionaria (Rousseau). Y esto es lo que explica que en el siglo XX hayan podido considerarse iusnaturalistas desde tomistas recalcitrantes, como M. Villey, hasta marxistas, por lo demás atípicos, como E. Bloch. A. Ross (1963) ha escrito de manera muy expresiva, que el iusnaturalismo ha sido «una cortesana a disposición de cualquiera».

En tercer lugar, parece existir también una razón psicológica que explica el fuerte atractivo de la concepción iusnaturalista. La creencia en una ley natural, fija e inmutable, satisface el ansia de encontrar algo seguro, sólido. Ofrece la posibilidad de descargar la responsabilidad de tener que decidir cómo actuar moralmente, o conforme a la justicia, en cada momento. En buena medida creo que es válida la opinión de González Vicén (1979) de que el Derecho natural es tan sólo «la otra cara del nihilismo ético».

Finalmente, la palabra «naturaleza» —como ha puesto de manifiesto Garzón Valdés— tiene un valor emotivo muy grande, de manera que es especialmente apta para un uso persuasivo del lenguaje jurídico y político en el que la calificación de «natural» tiene comúnmente el mismo significado que «bueno» o «correcto». La respuesta más obvia —pero no la más clara— a la pregunta sobre qué es lo justo parece ser que lo justo es lo natural (el Derecho justo es el Derecho natural).

El «renacimiento» del Derecho natural.

A pesar de todo, la concepción iusnaturalista de la justicia perdió gran parte de su vigencia a finales del XVIII y comienzos del XIX, una vez que los principios del iusnaturalismo racionalista pasaron a informar el Derecho positivo del «nuevo régimen». Ello no obsta, naturalmente, para que hayan seguido existiendo corrientes iusnaturalistas y para que, en nuestro siglo, especialmente después de la segunda guerra mundial, se haya podido hablar del «renacimiento del Derecho natural». Sin embargo, los nuevos movimientos iusnaturalistas (el más significativo es el de los autores alemanes de «la naturaleza de las cosas»: Radbruch, Welzel, Stratenwerth, Ballweg, Fechner, Maihofer o Schambeck) suelen descansar en una serie de equívocos como los siguientes. El primero consiste en identificar Derecho natural y concepción de la justicia *tout court*. Se supone que el Derecho natural suministra los únicos criterios posibles para juzgar un Derecho positivo y, en consecuencia, para fundamentar la obediencia o desobediencia a sus preceptos. Esta confu-

sión, que es alimentada por planes de estudio en los que sigue existiendo una asignatura denominada «Derecho natural», lo único que prueba es la propensión de los autores iusnaturalistas a sostener concepciones absolutistas de la justicia que excluyen por principio otros puntos de vista. El segundo equívoco consiste en suponer que la creencia en el Derecho natural es el mejor antídoto para combatir o evitar «barbaries» del tipo de las que ha conocido este siglo. Sin embargo, ésta es una idea tan poco fundada que es incluso difícil explicar cómo ha llegado a imponerse: el fascismo italiano fue justificado por autores iusnaturalistas. Durante el franquismo, el iusnaturalismo fue prácticamente la *única* ideología jurídica permitida, y lo mismo ha ocurrido recientemente en Argentina durante la época de la dictadura militar y ocurre en el Chile de Pinochet. En fin, el nacionalsocialismo alemán resultó ser radicalmente incompatible con el mayor enemigo del Derecho natural en el siglo xx, H. Kelsen, mientras que fue sostenido por autores iusnaturalistas como H. Dietze (Garzón Valdés), quien llegó a afirmar cosas tales como las siguientes: «El Führer es infalible y su infalibilidad tiene carácter iusnaturalista comunitario, al igual que la del Papa (...) la existencia del Führer es una ley natural de la comunidad». Y el tercero consiste en tratar de construir un Derecho natural «histórico», de «contenido variable», etcétera, cuando el núcleo del significado del concepto de Derecho natural ha ido siempre unido, como hemos visto, a la existencia de ciertos principios inmutables y, por tanto, ahistóricos. Como ha escrito González Vicén (1979): «El Derecho natural, en toda su complejidad y simplicidad es, en efecto, la ideología por excelencia de la ahistoricidad e incluso de la anti-historicidad (...), la noción de un Derecho natural ha descansado, hasta nuestros días, en la aceptación inconcusa de un orden universal inquebrantable —una idea que, como hoy sabemos, procede de las culturas orientales prehelénicas— del que el hombre puede extraer por el raciocinio o la intuición directa normas permanentes para la convivencia (...). Pero lo que no puede hacer nunca el Derecho natural, si no quiere negarse a sí mismo, es confesar sus raíces y su naturaleza históricas. Su pretensión es y ha sido siempre —pese a los fallidos intentos de un mal llamado Derecho natural de contenido variable— la formulación de proposiciones de validez intemporal, inquebrantables en sí, y ello justamente por estar deducidas de "la naturaleza"».

3.6. La concepción de la justicia de Kant

El pensamiento filosófico de Kant viene a constituir una síntesis del racionalismo continental, el empirismo anglosajón y la filosofía política de Rousseau. En consecuencia, Kant sigue siendo, en muchos aspectos, un autor iusnaturalista que formula una teoría del contrato social y de los derechos innatos (que reduce a uno sólo: el derecho a la libertad), pero su obra presenta tantos elementos de originalidad que integra por sí misma todo un paradigma de concepción de la moral, de la justicia.

Razón teórica y razón práctica.

Para Kant, el conocimiento científico (objeto de la razón teórica) es posible por la unidad sintética que tiene lugar en la conciencia entre un elemento material empírico, las sensaciones, y un elemento formal, integrado tanto por las formas *a priori* de la intuición sensible (el espacio y el tiempo) como por las categorías (entre ellas, la que alcanza mayor relevancia es la de causalidad). Ello significa que, en su opinión, lo único que puede ser conocido en sentido estricto son los fenómenos, los objetos sensibles, pero no los noúmenos, las «cosas en sí» o los objetos metafísicos como Dios, la inmortalidad del alma, la libertad. Ahora bien, que no exista lugar para ellos en el uso teórico de la razón no quiere decir que no cumplan ningún papel en absoluto; para Kant, constituyen condiciones o postulados de la razón práctica que hacen posible la moralidad misma; no son nociones *de* algo, sino nociones *para* algo. Son, dicho en su terminología, ideas regulativas del obrar.

Postulados de la razón práctica.

Ya hemos visto antes que el discurso moral no es posible sin presuponer que el hombre es libre en su actuar: el imperativo categórico que enuncia el principio de moral kantiana sólo puede ir dirigido a seres que sean libres para transgredirlo. Y lo mismo cabe decir respecto a la idea de Dios y de la inmortalidad del alma: si no existieran, habría que aceptar que la virtud, el comportamiento moral, puede quedar sin recompensa, ya que es obvio que no siempre la tienen en este mundo. Ahora bien, ello no quiere decir tampoco que se deba actuar moralmente —que se deba cumplir con el imperativo categórico— para conseguir la felicidad en el otro mundo. El deber moral, para Kant, obliga por sí mismo; la suya es una moral del deber por el deber que, en cierto modo, *no* necesita de la religión, si bien la crítica de Kant a los argumentos tradicionales sobre la existencia de Dios no es una crítica a la religión en sí misma, sino a las pre-

tensiones científicas de la religión. También en esto Kant no hace más que seguir la línea de secularización de la razón y, por tanto, de las categorías jurídicas, políticas y éticas del iusnaturalismo racionalista.

Imperativos hipotéticos y categóricos.

El uso práctico de la razón consiste en formular imperativos, esto es, en mostrar cómo se debe actuar. Pero Kant distingue dos tipos de imperativos: los imperativos hipotéticos, que ordenan algo como un medio para conseguir un cierto fin, y los imperativos categóricos, que ordenan algo como fin absoluto, sin condición alguna. A su vez, los imperativos hipotéticos pueden ser: hipotético-problemáticos, en los que el fin sólo es posible (es decir, puede quererse o no) y dan lugar a lo que él llama normas técnicas (por ejemplo, las que indican cómo debe hacerse para que un determinado mecanismo funcione o para lograr un fin político); e imperativos hipotético-asertóricos, en los que el fin es real (es decir, no puede no quererse) y dan lugar a las reglas de la sagacidad o de la prudencia (por ejemplo, las que establecen cómo comportarse para lograr la felicidad).

Pues bien, para Kant solamente los imperativos categóricos, aquellos que ordenan algo como un fin absoluto, pueden integrar la moral, porque también solamente de ellos pueden derivarse deberes absolutos, incondicionados. Y aquí radica su crítica al eudemonismo, una forma de utilitarismo, que pretendía basar la ética en imperativos hipotético-asertóricos. Para el eudemonismo, en efecto, el fin del hombre, la felicidad, está dado en la naturaleza, de manera que la ética sería el conjunto de imperativos que establecen los medios para alcanzar dicho fin. Pero esto, en opinión de Kant, es un falseamiento del problema: al situar la ética en el terreno de la psicología, el eudemonismo muestra, en todo caso, cómo los hombres se determinan realmente a la acción, pero no cómo *deberían* determinarse.

Crítica al utilitarismo.

Formulaciones del imperativo categórico.

Kant ofrece formulaciones distintas del imperativo categórico que, sin embargo, considera como equivalentes. En una de ellas, el imperativo categórico se enuncia así: «Obra sólo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal». Otra formulación posible sería esta: «Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio». Y cabe todavía una tercera que se plasma en la idea de la voluntad de todo ser racional como una voluntad universalmente legisladora; según este principio, deben rechazarse «todas las máximas que no pue-

dan compadecerse con la propia legislación universal de la voluntad»; es decir, la voluntad —y la influencia de Rousseau aparece aquí particularmente clara— sólo está sometida a las leyes de las que ella misma pueda considerarse autora. En definitiva, el imperativo categórico recoge tanto el principio de universalidad, como el de dignidad de la persona humana y el de autonomía o libertad de la voluntad.

Características del imperativo categórico.

Así pues, el imperativo categórico sería: 1) *Formal,* pues no prescribe ningún contenido ético, sino que indica meramente la forma, las condiciones formales de la moralidad. 2) *A priori,* esto es, independiente de la experiencia: actuar moralmente significa, necesariamente, actuar por el puro respeto al deber, no por motivos empíricos. 3) *Autónomo,* en cuanto que proviene de la propia conciencia del sujeto, no de instancias externas. Como vimos en otro lugar, Kant sitúa la ética en lo que Perelman denominaba nivel del agente. Los actos no son en sí buenos o malos; bueno o malo es sólo el sujeto: «Ni en el mundo ni, en general, tampoco fuera del mundo, es posible pensar nada que pueda considerarse como bueno sin restricción, a no ser tan sólo una *buena voluntad*». 4) *Universal,* es decir, debe servir para todos los sujetos sin restricción y en cualquier ocasión espacio-temporal. 5) *Unívoco,* en el sentido de que debe permitir a cualquier agente racional llegar a las mismas conclusiones respecto a qué normas o actos en concreto son morales.

El Derecho en Kant.

Cuando el imperativo categórico se aplica al campo de las acciones externas del hombre nos encontramos con el Derecho, que Kant define como «el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio del uno puede conciliarse con el arbitrio del otro, según una ley general de libertad». Pero esta última afirmación merece algunos comentarios. El primero es que la definición de Kant no parece referirse propiamente a lo que *es* el Derecho, sino más bien a lo que *debería ser*; es, por así decirlo, una definición del Derecho *justo.* El segundo se refiere a la importancia que en la definición asume la libertad que, en el sistema kantiano, efectivamente —ya vimos que la libertad era el único derecho innato— juega un papel más relevante que los otros postulados de la razón práctica. Y el tercero es que la libertad en que está pensando Kant es la libertad negativa (Bobbio, 1965), por más que en su obra no falte tampoco alguna referencia a la libertad como autonomía, a la libertad positiva de inspiración rousseauniana. Pero Kant representa, eminentemente, una ideología liberal, individualista y no democrática. El ideal de Esta-

La libertad en Kant.

do kantiano es el Estado liberal abstencionista, representativo, basado en el sufragio censitario, y en el que procurarse la felicidad es algo que incumbe a cada individuo: el Derecho y el Estado sólo son las instancias encargadas de asegurar a los individuos el máximo de libertad —negativa— posible.

Críticas al imperativo categórico.

Las principales críticas que se han dirigido a la concepción kantiana de la moral podrían sintetizarse así:

En primer lugar, la moral kantiana no incurre en el paso del ser al deber ser pero abre, a cambio, un hiato (seguramente más profundo en sus seguidores que en el propio Kant) entre conocimiento empírico y moral. Esta separación —que, por otro lado, es la base de la crítica kantiana al utilitarismo— lleva también a rechazar (lo que parece discutible) que las consecuencias de las acciones puedan tener alguna relevancia moral.

En segundo lugar, el imperativo categórico kantiano supone la existencia de una norma absoluta de conducta que pueda aplicarse uniformemente a un número indeterminado de casos. Sin embargo, esto ha sido negado por muchos autores —Nietzsche, por ejemplo— que sostienen que cada acción es única, esto es, que las acciones no son intercambiables, de manera que no pueden servir como contenido para una norma *abstracta*. O, en otras palabras, que lo que el hombre «debe ser» en su individualidad personal no se le revela nunca en proposiciones generales sobre el «bien en sí»; que, en definitiva, si en una situación dada dos personas obran de manera distinta, una de ellas no obra necesariamente de modo reprobable (González Vicén, 1979).

En tercer lugar, aun aceptando que la exigencia de universalización sea una condición necesaria para la racionalidad moral, no habría por qué considerarla como suficiente. Alguien, sin necesidad de ser un fanático, podría estar dispuesto a universalizar principios que otros considerarían poco razonables. En otro caso, lo que habría que excluir es la posibilidad de auténticas discrepancias morales.

En cuarto lugar, el imperativo categórico, al ser de carácter formal —y resultar insuficiente el principio de universalización— permite, en realidad, justificar cualquier contenido. Es difícil, por lo tanto, que pueda servir para establecer qué norma o comportamiento sea moralmente correcto en cada caso.

Sin embargo, y en quinto lugar, la ética kantiana no es del todo una ética vacía. Por el contrario, en la medida en que significa el paso de los valores materiales a los formales y concede

una importancia decisiva al individuo —aunque se trate del individuo abstracto— señala el triunfo de los valores burgueses y capitalistas. Algunos autores marxistas (Kautsky, Pašukanis) han llegado incluso a sostener que el imperativo categórico, el deber de considerar al hombre como fin en sí mismo, presupone precisamente una sociedad de explotadores; sólo tiene sentido «allí donde el hombre puede ser transformado prácticamente en un instrumento de otro hombre».

Influencia de la concepción kantiana de la moral.

Pese a todo, la influencia de la concepción kantiana de la moral ha sido y es tan profunda y dispar que quizá no pueda asociarse unívocamente a una determinada ideología. El imperativo categórico, que contiene las ideas de igualdad (universalidad), dignidad (el hombre como fin en sí mismo) y libertad (autonomía de la voluntad), ha inspirado numerosas concepciones liberales de los derechos humanos (a pesar de que Kant fuera un defensor, frente a Beccaria, de la pena de muerte). Pero, por otro lado, no han faltado tampoco autores que han considerado las obras de Kant y de Marx como complementarias, de manera que ha podido hablarse tanto de un «marxismo kantianizado» como de un «kantismo marxistizado». Según esta interpretación, el imperativo categórico vendría a ser perfectamente compatible con la teoría marxista de la alienación: lo que ambas propugnan es un tipo de sociedad a la que Marx denominó «comunismo», y Kant «el reino de los fines», en que el hombre pueda comportarse naturalmente como un ser moral.

Kant y Marx.

En fin, la influencia kantiana es bastante clara en dos recientes teorías de la moral que, aun cuando procedan de tradiciones distintas, no dejan de tener varios puntos de contacto. Una es la concepción de J. Rawls de la que luego nos ocuparemos con cierto detalle. Y la otra es la del último representante de la escuela de Frankfurt, J. Habermas. Simplificando el discurso complejo y oscuro de este autor, puede decirse que, para él, los valores y principios morales serían aquellos que se acordasen por consenso en una situación comunicativa ideal en que exista una intersubjetividad plena (una *comunidad de comunicación*) cuyos presupuestos son la libertad de expresión y la igualdad o simetría entre los hablantes. La idea del consenso —del consenso *racional*— como garantía de la racionalidad del discurso moral, parece estar muy cerca de la universalización kantiana; mientras que la «situación ideal de diálogo», en cuan-

Habermas.

to idea reguladora u horizonte que señala las condiciones de posibilidad del discurso moral, muestra claramente las huellas de la vía trascendental kantiana.

3.7. La concepción utilitarista de la justicia

La formulación clásica del utilitarismo se encuentra en la obra de J. Bentham (1748-1832), si bien sus orígenes se remontan, por lo menos, a Hume. En los dos últimos siglos, la doctrina utilitarista ha conocido un éxito enorme, especialmente en los países anglosajones, en donde ha sido la concepción más influyente de la ética y de la política. Después de Bentham, el principal difusor del utilitarismo fue J. Stuart Mill y, en el siglo XX, la forma de utilitarismo más conocida quizá haya sido la de Moore. Hoy en día, sin embargo, los tres autores que polarizan la discusión en torno a los valores en el ámbito cultural angloamericano (Rawls, Nozick y Dworkin) parecen tener en común, curiosamente, una actitud de crítica frente al utilitarismo.

El utilitarismo de Bentham.

Tomando como punto de referencia central la obra de Bentham, la concepción utilitarista de la ética parece basarse en los dos siguientes presupuestos. El primero es una concepción empirista y determinista de la psicología (Bentham se inspira en Locke y en Condillac) que niega la existencia de ideas innatas. La razón no la entiende —como hacían los iusnaturalistas— como una facultad innata en el hombre, sino como una facultad que opera a partir de los datos de los sentidos; se trata de una facultad experimental, calculadora, crítica respecto de los prejuicios adquiridos y capaz de descubrir las consecuencias de tal o cual acto. Eso explica la importancia que Bentham atribuye a la educación y su confianza en que el Derecho —la legislación— pueda ser un medio adecuado para promover la reforma social. El segundo presupuesto es la identificación de lo bueno con el placer, con la felicidad. A partir de la naturaleza empírica del hombre, Bentham llega a la conclusión de que el fin del actuar humano es la persecución de la felicidad. De ahí deduce que el valor moral de una acción depende de los efectos que dicha acción produzca en términos de placer o dolor. Justo, según la conocida formulación de Bentham —que aparece, por cierto, muy

tardíamente en su obra—, es «lo que proporciona la mayor felicidad al mayor número». De esta forma, el utilitarismo viene a ser la contrafigura de la ética kantiana.

Críticas a las Declaraciones de derechos.

Un ejemplo práctico de cómo funciona el principio de utilidad lo podemos encontrar en la crítica que Bentham efectúa a la Declaración de derechos de la Revolución francesa (El Shakamkiri) y que, en realidad, es la continuación de la que anteriormente había dirigido a las Declaraciones norteamericanas. Es importante tener en cuenta que, si bien fue un crítico implacable —y, en diversos aspectos, certero— de las Declaraciones de derechos y de la concepción filosófica que subyace en ellas, Bentham se sintió también muy próximo a la ideología de los ilustrados franceses, hasta el punto de que la Asamblea Nacional le nombró ciudadano francés en 1792. Tal concepción filosófica no es otra que la del iusnaturalismo racionalista que, en su opinión, se condensa en las siguientes afirmaciones: 1) existe una ley natural que la razón universal de los hombres puede descubrir incluso con anterioridad a la formación de la sociedad (en el estado de naturaleza); 2) esta ley confiere a cada individuo en el estado de naturaleza unos derechos imprescriptibles: los derechos subjetivos naturales; 3) el origen del Estado es un pacto, un contrato, por razón del cual los gobiernos están obligados a respetar los derechos subjetivos (naturales) de los particulares. Ahora bien, estas tres afirmaciones pueden ser rebatidas como sigue:

La ley natural.

En primer lugar, Bentham niega que exista una ley natural, ya que la razón, para él, no es una facultad innata del hombre. Además, si efectivamente existiera una ley natural que dirigiera a los hombres hacia el bien común, lo que ocurriría es que no serían necesarias las leyes. Lo único que hay de natural en el hombre es un conjunto de sentimientos, de inclinaciones hacia la felicidad, que es preciso armonizar según el principio de utilidad. El estatuto científico de este principio, sin embargo, no es del todo claro: por un lado, parece que se extrae de la experiencia, pero, por otro lado, Bentham tiende a considerarlo como un axioma que, por tanto, no es susceptible de prueba. En conclusión, las leyes *deben* tender a la consecución de la mayor felicidad del mayor número, pero este deber no deriva de ninguna norma jurídica (de ninguna ley natural); no es un deber jurídico, sino un deber moral.

Los «derechos» naturales.

En segundo lugar, el Derecho, según Bentham, son los mandatos provenientes de la autoridad, del que tiene la mayor

fuerza material. Para él, es un absurdo hablar de «derechos» subjetivos naturales. Los derechos sólo pueden proceder de las leyes positivas; son el correlato de obligaciones jurídicas, cuyo cumplimiento lo garantiza el Derecho positivo. Cuando se habla de derechos subjetivos del hombre, en cuanto facultades no reconocidas por el Derecho objetivo del Estado, la expresión «derecho» se utiliza de manera ilegítima.

El pacto social.

En tercer lugar, y finalmente, el origen del Estado no es un pacto. El poder del Estado es un poder de hecho que deriva del que tiene la mayor fuerza material. Y la obediencia al poder sólo se justifica mediante el principio de utilidad: cuando el soberano deja de gobernar y de establecer leyes dirigidas a la realización de la mayor felicidad del mayor número, entonces queda justificada (moralmente) la resistencia a dicho poder, la desobediencia al Derecho positivo. Pero no se trata de un «derecho de resistencia» como pretendían los iusnaturalistas. La resistencia no es un derecho, sino, en todo caso, una cuestión moral.

Como consecuencia de todo esto, Bentham llega a la conclusión de que la Declaración de derechos es *ilegítima*, pues al pretender establecer unos derechos como imprescriptibles, e inmutables, está también tratando de vincular la voluntad de los hombres de las generaciones venideras, les está negando la posibilidad de determinar por sí mismos lo que deba considerarse como justo o injusto; *inútil*, porque trata de limitar al poder sin lograrlo: lo que hoy queda prohibido puede perfectamente establecerse mañana si se tiene el poder —la fuerza— para ello; y *peligrosa*, pues confunde lo que es con lo que debe ser: los hombres no *son* libres e iguales como preconizaba la Declaración de derechos, sino que, en todo caso, deberían serlo.

En conclusión, la crítica de Bentham alcanza a todos los «derechos» naturales reconocidos en la Declaración, si bien la ideología individualista y liberal de ésta no difiere de la de Bentham. La suya es una crítica fundamentalmente metodológica que no afecta a las cuestiones sustantivas. Por ejemplo, aunque no quepa hablar de un derecho natural a la *libertad*, Bentham acepta que debe existir un ámbito de actuación del individuo en que no debe intervenir el Estado (libertad negativa) y que debe determinarse según el principio de utilidad. Por otro lado, la libertad en sentido estricto —afirma Bentham coherentemente con su concepción «liberal» de la libertad— es el dominio del no-Derecho, del comportamiento no regulado por normas.

Libertad.

Igualdad.

El derecho siempre implica negaciones de libertad que, sin embargo, se pueden justificar utilitariamente. Tampoco existe un derecho natural a la *igualdad*. Los hombres no «nacen y permanecen libres e *iguales* en derechos», pues en tal caso no sería posible la legislación, mediante la cual se establecen relaciones desiguales, asimétricas: por ejemplo, el menor no puede tener los mismos derechos que el padre, el comprador los mismos que el vendedor, etcétera. Sin embargo, Bentham acepta el principio de igualdad ante la ley contenido en el artículo 4 de la Declaración: «la ley debe ser la misma para todos»; en su opinión, la «aritmética del placer» muestra la necesidad de esta igualdad que, sin embargo, no puede aceptarse como principio absoluto.

Propiedad privada.

También justifica la *propiedad privada*, pues la propiedad es lo que genera la riqueza y la riqueza proporciona, a su vez, felicidad. Pero no existe, en su opinión, un «derecho» a la propiedad privada, y mucho menos de carácter absoluto e imprescriptible, sino que la propiedad debe limitarse según las necesidades de los hombres. Finalmente, Bentham concede también una especial importancia a la *seguridad*. Mientras que el valor que preside la creación de las leyes es el de utilidad, la aplicación de las mismas debe estar gobernada por la seguridad; pero, en realidad, no se trata de dos valores distintos, sino que una aplicación correcta, no arbitraria y, por tanto, previsible, es la garantía de que las leyes producirán consecuencias conformes con el principio de utilidad.

Seguridad.

Ventajas del utilitarismo.

El éxito del utilitarismo como concepción de la ética y de la política en el marco de las modernas sociedades industriales parece derivar, en esencia, de los dos siguientes factores. Por un lado, se trata de una concepción que pretende basar la ética no en una serie de ideas *a priori*, sino en datos empíricos; las cuestiones de justicia pierden así mucho de su abstracción para ser contempladas en una perspectiva mucho más concreta; a partir del principio de utilidad, los problemas políticos y éticos deberían poder discutirse según procedimientos prácticamente científicos (se trataría de «comparar», «medir», etcétera). Por otro lado, una concepción que se centra en las consecuencias de las acciones como criterio para decidir sobre su moralidad presenta bastantes ventajas frente al rigorismo kantiano que parte de la bondad o maldad «en sí» de las acciones. El utilitarismo abre el paso a un tipo de moral flexible, pragmática y realista que, precisamente por eso, puede llegar a ser más «humanitaria» que los sistemas morales que tratan de imponer a los hom-

bres modelos excelsos, pero inalcanzables, de comportamiento. Así, por ejemplo, frente al retribucionismo kantiano (el castigo se justifica como retribución por una mala acción cometida), los utilitaristas tenderán a justificar el castigo atendiendo únicamente a los efectos beneficiosos que pueda producir; esta manera de entender el castigo (la pena) es, desde luego, discutible, pero sin duda ha tenido una gran influencia en la concepción moderna —y más humanitaria que la anterior— del Derecho penal.

Críticas al utilitarismo.

Ciertamente, el utilitarismo en cuanto concepción de la ética, de la justicia, ha sido objeto de una gran cantidad de críticas. Seleccionaremos ahora algunas de las más recurrentes (Ross, 1963, Hart, 1982, Rawls), distinguiendo varios puntos por razones más bien de exposición, pues, en realidad, hay una fuerte interrelación entre todos estos autores.

En primer lugar, cabe pensar que el utilitarismo, al derivar la moral de las inclinaciones naturales del hombre, está utilizando, en definitiva, una idea iusnaturalista. Bentham también extrae la moral de la naturaleza, incurriendo por tanto en la falacia naturalista. De afirmar «tal cosa *es* natural» se pasa a afirmar «tal cosa es moral y, por tanto, *debe* hacerse». Por otro lado, en contra de las pretensiones de muchos utilitaristas, es preciso reconocer que el propio principio de utilidad no puede justificarse de manera utilitaria, pues en tal caso se estaría justificando a sí mismo. En resumen, el principio de utilidad tiene un carácter más bien metafísico y apriorístico que empírico.

En segundo lugar, Bentham —y el utilitarismo en general— parte de la idea de que los hombres se comportan en forma egoísta (cada uno trata de conseguir su propia felicidad), pero aun así ordena actuar altruistamente, atribuyendo el mismo peso al placer de los demás que al de uno mismo (para que la suma total de la felicidad en el mundo sea la mayor posible). Esta contradicción entre egoísmo y benevolencia —que pone también en entredicho el carácter «empírico» de la ética utilitarista— no es fácil de salvar.

En tercer lugar, no parece existir ningún método aceptable para calcular en términos de placer y dolor las consecuencias de las acciones. La razón es doble. Por un lado, a diferencia de lo que ocurre en la esfera económica, en que el dinero ofrece una unidad de medida común, en la esfera propiamente ética y política falta dicha unidad de medida. Nuestras necesidades y deseos difieren cualitativamente, son ambas inconmensurables.

Por ejemplo, la decisión de destinar unos fondos a mejorar el armamento del ejército o a repoblar forestalmente un país y combatir de esta manera el paro parece que no puede reducirse a una alternativa entre dos cantidades mensurables de placer (lo que, por cierto, no quiere decir que no haya razones para preferir una medida a otra). Por otro lado, las consecuencias tienen a su vez consecuencias, de manera que no se sabe muy bien dónde detener la cadena a la hora de evaluar una acción.

En cuarto lugar, el principio de utilidad —en su formulación clásica— no parece tomar suficientemente en consideración la desarmonía existente entre los intereses sociales. Los utilitaristas parecen suponer que existe algo así como «el interés de la comunidad», más bien que intereses parciales enfrentados antagónicamente y, por tanto, irreconciliables.

En quinto lugar, el utilitarismo choca con algunas de nuestras intuiciones morales básicas. Actuar moralmente —al menos en ciertas circunstancias— parece significar actuar por la idea misma del deber, por el valor intrínseco que para nosotros tiene una acción o una norma, con independencia de cuales sean sus consecuencias. Por ejemplo, el castigo de un inocente no parece que pueda justificarse nunca según las pautas habituales de moralidad, pero sí que podría encontrar una justificación en el principio de utilidad.

En sexto lugar, el utilitarismo se plantea los problemas morales, o de justicia, en términos de la cantidad total del placer, pero no tiene en cuenta los problemas de distribución en sentido estricto. Así, según el principio de utilidad, una situación en que unos pocos disfrutan de una gran cantidad de placer y los más padecen, es tan buena como una situación en que la felicidad está igualitariamente repartida; en consecuencia, el utilitarismo puede llevar a justificar atentados contra la igualdad. Por otro lado, la suma total de placer no es algo que experimente alguien. El hombre, como individuo, puede sacrificar un placer presente por una mayor satisfacción posterior, pero no está claro que el placer de un individuo sea sustituible por el placer de otros individuos.

En último lugar —y como consecuencia, en realidad, de lo que se acaba de decir— el principio de utilidad podría utilizarse también para justificar atentados contra derechos de las minorías o de individuos concretos. Por ejemplo, se ha observado que en una sociedad ansiosa de seguridad, el utilitarismo puede justificar que se restrinjan determinadas libertades en favor de

la seguridad colectiva (entendida como «seguridad ciudadana»).

Antes de concluir, es preciso tener en cuenta que las anteriores críticas, o algunas de ellas, pueden encontrar cierta corrección dentro del propio utilitarismo. Por un lado, el principio de utilidad marginal decreciente parece favorecer o asegurar una distribución de carácter igualitario; según este principio, en una situación en que los bienes y derechos se encuentran igualitariamente distribuidos se produce una mayor cantidad de placer que en otra en que lo estén desigualitariamente. Por otro lado, se ha intentado rebatir muchas de las anteriores críticas con el paso del *utilitarismo de actos* (o utilitarismo extremo) al *utilitarismo de normas* (utilitarismo restringido). Para el primer tipo de utilitarismo (que agruparía a autores como Bentham, Sidgwick y Moore) la corrección de las acciones se juzga por las consecuencias que éstas tengan en cada ocasión particular. Según la otra forma de utilitarismo (Toulmin, J. L. Austin e incluso J. Stuart Mill), la corrección de una acción no se juzga valorando sus consecuencias, sino considerando si cae o no bajo cierta regla: «las acciones se han de juzgar por las reglas y las reglas por sus consecuencias» (Smart).

El principio de utilidad decreciente.

Utilitarismo de actos y de reglas.

3.8. La concepción historicista de la justicia

Defender una concepción historicista de la justicia significa considerar que la justicia no es algo dado *a priori* (existente incluso en el estado de naturaleza, como sostiene el iusnaturalismo), sino algo que se realiza en el transcurso de la historia. Un agente actúa justamente, un orden jurídico o un acto es justo si cae dentro de una determinada ley de evolución de la historia que es lo que le da sentido y justificación. Ni que decir tiene que las diversas concepciones historicistas de la justicia no están de acuerdo a la hora de interpretar el sentido de esa ley o principio.

Tras la época de la Ilustración, eminentemente ahistoricista, en el siglo XIX se produjo una especie de descubrimiento de la historia que, sin embargo, contaba ya con precedentes tan importantes como Vico o Montesquieu. En todo caso, la conciencia del carácter histórico de los fenómenos sociales supuso también una vía de crítica al iusnaturalismo racionalista. Si para los par-

tidarios de esta última corriente existían unos derechos innatos, naturales, invariables, etcétera, para el historicismo los valores no pueden tener más que un carácter simplemente histórico; son como el Derecho objetivo, un producto histórico. Las principales corrientes historicistas surgidas en el siglo XIX y que han ejercido una influencia profunda en el pensamiento jurídico y en la forma de entender los valores jurídicos son la escuela histórica del Derecho, la filosofía hegeliana y el marxismo. Como sabemos, el pensamiento de Marx —que tiene bastante que ver con el de Hegel y es de signo contrario al de los autores de la escuela histórica— ha dado lugar a una de las ideologías dominantes en nuestra época, lo cual justifica que dediquemos una especial atención a su concepción de la moral y de la justicia. Pero antes conviene decir algo de las otras dos direcciones.

La escuela histórica del Derecho.

Con la escuela histórica del Derecho se inicia la moderna ciencia del Derecho en Alemania, como veremos en otro capítulo. Políticamente, la escuela histórica significó una reacción vinculada al romanticismo, frente al racionalismo ahistoricista del XVIII y las ideas y cambios surgidos con la Revolución francesa. Para su principal representante, K. F. von Savigny, el Derecho es producto del espíritu de un pueblo; es una realidad orgánica que, como el lenguaje, no puede crearse artificialmente; no es el producto de la voluntad de un legislador, sino algo que «progresa con el pueblo, se perfecciona con él y por último perece cuando el pueblo ha perdido su carácter». La justicia del Derecho se encuentra también en esta vinculación orgánica con el «espíritu del pueblo». Como esta escuela parte de una concepción conservadora de la historia, cuyo postulado fundamental consiste en aceptar que lo que ha sido debe, por esta misma razón, seguir siendo, la justicia viene a entenderse aquí como «conformidad con la tradición». La perdurabilidad de determinados valores, instituciones, etcétera, mostraría su vinculación con el espíritu del pueblo y, por tanto, su carácter necesario, justo. Por eso Marx (1843) pudo referirse a ella, en frase lapidaria, como «una escuela que legitima la infamia de hoy con la infamia de ayer, una escuela que declara rebelde todo grito del siervo contra el látigo cuando éste es un látigo antiguo».

Hegel.

Mientras que para la escuela histórica, la historia aparece como un proceso orgánico, sin saltos, ni revoluciones, en el que el pasado es lo que da la clave y justificación de lo que debe ser el futuro, para Hegel la historia es una línea interrumpida, un proceso de saltos cualitativos en el que la Idea avanza me-

diante una constante progresión dialéctica de afirmación, negación y negación de la negación. A diferencia también de la escuela histórica, en Hegel el espíritu de cada pueblo se integra como un momento del espíritu universal.

No es posible entrar aquí a exponer, ni siquiera someramente, las ideas del pensador tal vez más complejo de toda la historia de la filosofía. Nos contentaremos simplemente con efectuar un par de observaciones que pueden permitirnos entender mejor el pensamiento de Marx. La primera es que, para Hegel, la realidad tiene una naturaleza histórica y espiritual, la Idea, que avanza según un ritmo dialéctico. El Derecho y el Estado aparecen así como momentos necesarios en el desarrollo de la Idea, del Espíritu; tienen un carácter histórico... y *racional*. Por eso, Hegel no tratará de presentar el Derecho y el Estado como lo que deberían ser, sino como lo que son, esto es, como realizaciones de la razón. Su famosa frase «lo que es racional es real y lo que es real es racional» significa en nuestro campo la desaparición de la dicotomía entre el Derecho positivo y el Derecho natural (el Derecho justo). La segunda observación es que Hegel ve en el Estado —en el Estado *racional*— la realización máxima de la justicia. Si la eticidad es el tercer momento del espíritu objetivo en el que se integran y superan los momentos anteriores del Derecho abstracto y de la moralidad, el Estado es la culminación de la eticidad, la superación de la familia y de la sociedad civil. Hegel dirá que el Estado es la «realidad efectiva de la libertad concreta» porque en él se concilian la libertad y la necesidad, la voluntad subjetiva y la voluntad general.

Hegel y Marx.

Pues bien, hay dos aspectos fundamentales en la reflexión sobre la justicia de Marx que conectan muy directamente con las observaciones que acabamos de efectuar. Por un lado, uno de los rasgos más llamativos de la obra de Marx, en el campo que aquí nos interesa, lo constituye el tono crítico e incluso sarcástico con que siempre se refirió a términos como «derechos humanos», «justicia» y «moral». En una de sus obras (Marx, 1852), por ejemplo, comparó el lema *liberté, égalité, fraternité* con las palabras «inequívocas» *infantería, caballería, artillería.* Y cuando se refirió a la sociedad comunista puso cuidado en señalar que él no la entendía como un «ideal moral». En un célebre pasaje (1845-6) escribió: «Para nosotros, el comunismo no es un *estado* que deba implantarse, un *ideal* al que haya de sujetarse la realidad. Nosotros llamamos comunismo al movimiento *real* que anula y su-

Ser y deber ser.

pera el estado de cosas actual. Las condiciones de este movimiento se desprenden de la premisa actualmente existente». La explicación a esta actitud de Marx hay que buscarla en una concepción de la historia y de la realidad que, como la de Hegel, niega, o si se quiere, *supera*, el hiato kantiano entre el ser y el deber ser. En las líneas anteriores, Marx efectúa una interpretación *materialista* de la frase de Hegel antes mencionada: el comunismo, en cuanto significa la *racionalidad* de la historia, es *real*, se desprende de la propia realidad (que para Marx no tiene ya carácter espiritual, sino material). Por otro lado, la famosa crítica que Marx efectuó a los derechos humanos en uno de sus escritos de juventud no se entiende sin la que dirigió anteriormente contra Hegel, el cual había partido de la contraposición entre la sociedad civil y el Estado (lo privado y lo público, los intereses particulares y los generales) como algo característico del mundo moderno. Marx aceptó esta idea de Hegel, pero la interpretó de forma diferente: para él, la sociedad civil (que en su obra pasará, progresivamente, a significar relaciones de producción) es lo que determina al Estado, y no éste a la sociedad civil, como había pretendido Hegel, para quien en el Estado se concilian los diversos intereses particulares. Por eso, la concepción del Estado moderno de Marx, por oposición a la de Hegel, es radicalmente crítica: el Estado no solamente no resuelve, sino que legitima y enmascara los conflictos originados en la sociedad civil. Además, Marx relacionó esta caracterización de la sociedad burguesa y del Estado moderno con la religión: al igual que «los cristianos son iguales en el cielo y desiguales en la tierra», los diferentes miembros del pueblo «son *iguales* en el cielo de su mundo político y desiguales en la existencia terrestre de la sociedad».

Sociedad civil y Estado.

La crítica de Marx a los derechos humanos.

La cuestión judía.

Al igual que hicimos anteriormente con el utilitarismo —y, en particular, con Bentham—, para examinar la concepción de la justicia de Marx tomaremos como hilo conductor su crítica a los derechos humanos. En una de sus primeras obras, *La cuestión judía* (1844), Marx partió de la distinción que establecía la Declaración de derechos de la Revolución francesa entre derechos del hombre y del ciudadano y los relacionó, respectivamente, con las esferas de la sociedad civil y del Estado. Los derechos del hombre son, para él, «los derechos del *miembro de la sociedad burguesa*, es decir, del hombre egoísta, del hombre separado del hombre y de la comunidad». Mientras que los derechos del ciudadano son «derechos que sólo pueden ejer-

cerse en comunidad con el resto de los hombres. Su contenido es la *participación en la comunidad*, y concretamente en la comunidad *política*, en el Estado». Además, en la Declaración, los derechos del ciudadano estarían supeditados a los derechos del hombre (la sociedad civil es lo que produce el Estado y no a la inversa), de manera que su crítica se centrará en los derechos *humanos* (naturales e imprescriptibles) de igualdad, libertad, seguridad y propiedad.

Según Marx, la libertad a que se refiere la Declaración es «el derecho de hacer o ejercitar todo lo que no perjudica a los demás», pero tales límites «están establecidos por la ley, del mismo modo que la empalizada marca el límite o la división entre las tierras». Se trata, por tanto, de «la libertad del hombre en cuanto mónada aislada y replegada en sí misma», es el «*derecho* del individuo *delimitado*, limitado a sí mismo». El derecho del hombre a la propiedad privada es, por su lado, «el derecho a disfrutar de su patrimonio y a disponer de él abiertamente *(à son gré)* sin atender al resto de los hombres, independientemente de la sociedad». La igualdad no es otra cosa que la igualdad de la libertad en el sentido antes indicado, es decir, «que todo hombre se considere por igual mónada y a sí mismo se atenga». Y, finalmente, la seguridad sería la cláusula de cierre de todos los demás derechos, esto es, «la garantía de ese egoísmo».

El hombre como ser genérico.

Así, la conclusión a que llega Marx es que ninguno de los derechos humanos trasciende «al hombre egoísta, al hombre como miembro de la sociedad burguesa, es decir, al individuo replegado en sí mismo». La verdadera emancipación del hombre, la realización del hombre como *ser genérico* (un concepto que había tomado del neohegeliano Feuerbach) no consiste, pues, en el logro de los derechos humanos, de la *emancipación política*, que para él significa «la reducción del hombre, por una parte, a miembro de la sociedad burguesa, al individuo *egoísta independiente* y, por otra parte, al *ciudadano del Estado*, a la persona moral». Por el contrario, la emancipación humana —la verdadera emancipación— se caracteriza precisamente por la supresión del Derecho y del Estado: «Sólo cuando el hombre individual real reincorpora en sí al ciudadano abstracto y se convierte como hombre individual en *ser genérico*, en su trabajo individual y en sus relaciones individuales; sólo cuando el hombre ha reconocido y organizado sus *forces propres* como fuerzas *sociales* y cuando, por lo tanto, no desglosa ya de sí la

Emancipación política y emancipación humana.

fuerza social bajo la forma de fuerza *política*, sólo entonces se lleva a cabo la emancipación humana».

Es decir, para Marx, los derechos humanos (que interpreta en forma restrictiva, pues la libertad que critica es exclusivamente la «libertad negativa», y la igualdad, la «igualdad ante la ley») son, como la religión, formas de la *alienación* humana, productos de una sociedad en la que el hombre no se pertenece a sí mismo: Dios y el más allá cumplirían, en el plano religioso, la misma función que los derechos humanos en el plano político y social; debido a su carácter abstracto e ilusorio, son más bien formas de alienación que de liberación humana.

La ideología alemana.

Cuando algo más tarde (en 1845-1846) escribe con Engels *La ideología alemana* y establece una de las tesis fundamentales de su concepción filosófica («no es la conciencia la que determina la vida, sino la vida la que determina la conciencia»), Marx sigue mostrando, a propósito de los derechos humanos, una actitud muy parecida. El carácter *ideológico* de tales derechos deriva, en su opinión, de que las ideas de libertad, igualdad, etcétera, aparecen como independientes de la práctica material y, en este sentido, tienen un carácter ilusorio, ya que plantean falsamente la liberación del hombre en el terreno de las ideas y no en el de la praxis: «Todas las luchas que se libran dentro del Estado, la lucha entre la democracia, la aristocracia y la monarquía, la lucha por el derecho de sufragio, etcétera, no son sino las formas ilusorias bajo las que se ventilan las luchas reales entre las diversas clases».

Derechos humanos e ideología.

Sin embargo, esto no excluía que Marx atribuyera una gran importancia a la conquista de los derechos de asociación y de huelga como medios de transformación de la propia sociedad capitalista que, inevitablemente, los había hecho surgir. Para el Marx de esta época, los derechos y libertades burguesas (o, al menos, algunos de ellos) se presentan ya muy claramente como medios para la consecución del objetivo final: la revolución proletaria. Dicho de otra forma, la defensa que Marx hace de los derechos humanos tiene un sentido político, no ético.

El Manifiesto comunista.

En el *Manifiesto del partido comunista* (1848), la ambigüedad (pero no contradicción) de Marx al afrontar el problema de los derechos humanos aparece muy acusada. Por un lado, parece defender un determinismo económico que le lleva a valorar muy negativamente el papel del Derecho y del Estado (instrumentos de dominación de la burguesía destinados a extinguirse en la futura sociedad comunista) y, por tanto, de los derechos

humanos. La libertad y la justicia son tachadas despectivamente en el *Manifiesto* de «verdades eternas» que cabe reducir a fenómenos económicos: «por libertad, en las condiciones actuales de la producción burguesa, se entiende la libertad de comprar y vender». Sin embargo, por otro lado muestra la necesidad de que el proletariado lleve a cabo una acción política y otorga una gran importancia práctica a la consecución de los derechos humanos, excluido el derecho de propiedad en sentido capitalista.

La propiedad privada.

Ahora bien, Marx insiste en la necesidad de abolir la propiedad privada burguesa, precisamente porque la estima incompatible con el «igual derecho» de todos los hombres a la propiedad. La limitación de la jornada de trabajo y el derecho de asociación le parecen conquistas fundamentales de la clase obrera, que sin embargo contempla desde una perspectiva economicista y determinista. Marx no considera en absoluto que el comunismo sea incompatible con la libertad, sino que, al contrario, en su opinión es la verdadera libertad lo que resulta incompatible con la existencia del Estado y de la sociedad burguesa. Es cierto que ve como inevitable la vía de la violencia para llevar a cabo la revolución proletaria, pero el derecho de resistencia frente a la opresión es uno de los derechos humanos reconocidos en todas las declaraciones populares de derechos (incluyendo, claro está, la de la Revolución francesa). Finalmente, las medidas que se proponen en el *Manifiesto* para llevar a cabo la transformación radical del modo de producción burgués no suponen la negación de los derechos humanos (excluido, como hemos dicho, el derecho de propiedad capitalista), sino su profundización junto con la aparición de otros nuevos. Tal es el caso, por ejemplo, de la obligatoriedad del trabajo para todos, la instrucción pública, la abolición del trabajo infantil, etcétera.

Los derechos humanos, medios de lucha política.

Por otro lado, Marx participió activamente en la revolución europea de 1848 y se comprometió en la defensa de un programa democrático avanzado para Alemania, en el que se concedía una gran importancia al sufragio universal, se defendía la necesidad de participación en las elecciones y se reclamaba un sistema de libertades burguesas en su más amplia extensión. Sin embargo, a medida que fue comprobando la tibieza de la burguesía en defender tales principios y el giro conservador que iba tomando la revolución, fue radicalizando su postura y adoptando una actitud cada vez más crítica hacia los derechos humanos: mientras que inicialmente los consideró como medios útiles

(aunque no como fines en sí mismos) terminó por no ver en ellos ni siquiera el *único* medio para llegar al socialismo. Esto también resulta claro en un par de trabajos que escribió entre 1850 y 1852 sobre la situación política francesa del momento: en ellos, los derechos humanos se presentan, por un lado, como un fenómeno característicamente burgués, al igual que la república constitucional; mas, por otro lado, de la misma manera que la república constitucional vendría a ser la forma superior y más completa de dominación de la burguesía (que, por tanto, aproxima el momento de logro del socialismo), los derechos humanos serían el terreno de lucha, la situación más favorable en que podía encontrarse el proletariado para llevar a cabo su revolución. Además, la república liberal y parlamentaria tenía para Marx un carácter contradictorio. Las armas que la burguesía había forjado para asegurar su dominación —los derechos humanos— podían volverse contra ella misma: tal era el caso, sobre todo, del derecho de asociación y del derecho de sufragio universal. Por eso, en Francia, la clase dominante, la burguesía, se había visto obligada a suprimirlos para poder seguir ejerciendo su poder.

El problema de la violencia.

Sin embargo Marx, mientras que no veía posible más que una vía violenta para conseguir el socialismo en Alemania y Francia, en relación con otros países, como Inglaterra, abogaba por la utilización de una vía pacífica, la vía del sufragio: «Para la clase obrera inglesa —escribía en 1852— sufragio universal y poder político son sinónimos (...) el sufragio universal sería en Inglaterra una conquista con más espíritu socialista que cualquier otra medida que haya sido honrada con ese nombre en el continente. Esta conquista tendría como consecuencia inevitable *la supremacía política de la clase obrera*».

Los Grundrisse.

En su etapa propiamente de madurez (a partir de 1853) Marx no cambió sustancialmente su postura de fondo con respecto a los derechos humanos. En los *Grundrisse*, que son los borradores preparatorios de *El Capital*, redactados por Marx en 1857-1858, la libertad en el sistema burgués sigue siendo contemplada como una manifestación de la alienación del hombre. En el contexto del capitalismo, sólo puede hablarse de libertad si se abstrae al hombre de las condiciones de su existencia que constituyen, precisamente, la base de la alienación. Se trata, por lo tanto, de una libertad abstracta, ilusoria, ideológica. Pero, al mismo tiempo, la postulación de las ideas de libertad e igualdad es una necesidad de la sociedad capitalista, en cuanto so-

Libertad y alienación.

ciedad de intercambiantes de mercancías: «No sólo se trata, pues, de que la libertad y la igualdad son respetadas, en el intercambio basado en valores de cambio, sino que el intercambio de valores de cambio es la base productiva, real, de toda *igualdad* y *libertad*. Como ideas puras, éstas son meras expresiones idealizadas de aquél al desarrollarse en relaciones jurídicas, políticas y sociales; éstas son solamente aquella base elevada a otra potencia». Y esto, según Marx, se puede confirmar históricamente por el hecho de que la igualdad y la libertad en el sentido burgués, moderno, son lo contrario de lo que eran la igualdad y la libertad en la Antigüedad: la libertad e igualdad modernas, los derechos humanos, presuponen relaciones de producción (el trabajo como productor de valores de cambio en general, es decir, el trabajo genérico, libre) que no se habían realizado ni en el mundo antiguo (trabajo forzado) ni en el de la Edad Media (trabajo corporativo). Como hemos visto, para Marx la verdadera libertad es incompatible con el sistema capitalista y sólo puede darse en el contexto de la sociedad comunista gracias al desarrollo tecnológico y científico que permita la disminución del tiempo de trabajo, la aparición del ocio creativo y el desarrollo del hombre multilateral; en definitiva, un tipo de sociedad que significa el fin de la alienación humana.

El Capital.

En su obra maestra, *El Capital* (1867), en la sección segunda del libro primero, Marx explica cómo en el modo de producción capitalista, la compra y la venta de la fuerza de trabajo —que se desarrolla en la órbita de la circulación o del cambio de mercancías— es «el verdadero paraíso de los derechos humanos». Lo que impera aquí, dice Marx, es la libertad, la igualdad, la propiedad y Bentham: «*¡Libertad!*, porque el comprador y el vendedor de una mercancía, por ejemplo de *la fuerza de trabajo*, sólo están determinados por su *libre voluntad*. Celebran su contrato como *personas libres*, jurídicamente iguales. El *contrato* es el resultado final en que sus voluntades confluyen en una expresión jurídica *común*. *¡Igualdad!*, porque sólo se relacionan entre sí *en cuanto poseedores de mercancías*, e intercambian equivalente por equivalente. *¡Propiedad!*, porque cada uno dispone sólo de lo suyo. *¡Bentham!*, porque cada uno de los dos se ocupa sólo de sí mismo. El único poder que los reúne y los pone en relación es el de su *egoísmo*, el de su ventaja personal, el de sus *intereses privados*».

Derechos humanos e intercambio de mercancías.

Ahora bien, en el sistema capitalista, los derechos humanos cumplen una función ideológica, la función de enmascarar la

De nuevo sobre la función ideológica de los derechos humanos.

explotación capitalista dando a la misma una apariencia de relaciones presididas por la libertad y la igualdad. Y la cumplen de una manera doble. Por un lado, en cuanto que la libertad y la igualdad sólo aparecen cuando se contempla el plano de la circulación, pero no cuando se baja al «taller oculto de la produccion», que es donde realmente se genera la plusvalía y la explotación: el capitalista sólo paga una parte del trabajo del obrero, mientras que el resto se lo apropia. Y como este hecho aparece enmascarado en el ámbito del mercado, es preciso introducirse en el plano de la producción en el que las escenas y los personajes aparecen cambiados: «El otrora poseedor del dinero abre la marcha como *capitalista*; el poseedor de fuerza de trabajo le sigue como *su obrero*; el uno, significativamente, sonríe con ínfulas y avanza impetuoso; el otro lo hace con recelo, reluctante, como el que ha llevado al mercado su propio pellejo y no puede esperar sino una cosa: que se lo curtan». Por otro lado, en cuanto que tal libertad e igualdad aparecen como ideas eternas, separadas de la historia. Marx argumenta que aunque al «poseedor de dinero (al capitalista), que ya encuentra el mercado de trabajo como sección especial del mercado de mercancías, no le interesa preguntar *por qué* ese obrero libre se le enfrenta en la esfera de la circulación», sin embargo, hay un hecho indiscutible, y es que «la naturaleza no produce por una parte poseedores de dinero o de mercancías y por otra personas que simplemente poseen sus propias fuerzas de trabajo. Esta relación en modo alguno pertenece al *ámbito de la historia natural*, ni tampoco es una *relación social* común a todos los períodos históricos. Es en sí misma, ostensiblemente, el resultado de un desarrollo histórico precedente, el producto de numerosos trastocamientos economicos, de la decadencia experimentada por toda una serie de formaciones más antiguas de la producción social».

Derechos humanos y sistema capitalista.

Así pues, la conclusión que podría extraerse de *El Capital* —y, en general de toda la obra de Marx— podría ser ésta: como los derechos humanos, la libertad y la igualdad, no son más que realidades ilusorias o, en todo caso, limitadas, el objetivo debe ser el de hacerlas reales, plenas. Sólo que Marx hizo especial hincapié en mostrar que esto, dentro del sistema capitalista, era puramente utópico. Bajo el sistema capitalista no cabe pensar en acabar con la explotación del trabajador, sino que sólo es posible poner ciertos límites a dicha explotación, por ejemplo, limitando la jornada de trabajo: «Es preciso reconocer

que nuestro obrero sale del proceso de producción distinto de como entró. En el mercado se enfrentaba a otros poseedores de mercancías como poseedor de la mercancía "fuerza de trabajo": poseedor de mercancías contra poseedor de mercancías. El contrato por el cual vendía al capitalista su fuerza de trabajo demostraba, negro sobre blanco, por así decirlo, que había dispuesto libremente de su persona. Cerrado el trato se descubre que el obrero no es "*ningún agente libre*", y que el tiempo de que disponía *libremente* para vender su fuerza de trabajo es el tiempo por el cual está *obligado* a venderla; que en realidad su vampiro no se desprende de él "mientras quede por explotar un músculo, un tendón, una gota de sangre". Para "protegerse" contra la serpiente de sus tormentos, los obreros tienen que confederar sus cabezas e imponer *como clase* una ley estatal, una *barrera social* infranqueable que les impida a ellos mismos venderse junto a su descendencia, *por medio de un contrato libre con el capital*, para la muerte y la esclavitud. En lugar del pomposo catálogo de los "derechos humanos inalienables" hace ahora su aparición la modesta *Magna Charta* de una jornada laboral restringida por la ley, una carta magna que "pone en claro finalmente *cuándo termina el tiempo que el obrero vende, y cuándo comienza el tiempo que le pertenece a él mismo*. ¡Qué gran transformación!"».

La guerra civil en Francia.

En 1871, a raíz de los acontecimientos revolucionarios que tuvieron lugar en Francia, Marx escribió una obra, *La guerra civil en Francia*, que era un alegato en favor de la Comuna de París. Allí siguió defendiendo la tesis de que la emancipación económica del trabajo era el objetivo final del movimiento obrero revolucionario, mientras que las «conquistas democráticas» de la Comuna las situaba en un segundo plano. Sin embargo, en el modelo *libertario* que trazó de la Comuna, el desarrollo y profundización de los derechos humanos es lo que caracterizaba a esta fórmula organizativa que, en su opinión, venía a suponer el final del antagonismo entre la sociedad civil y el Estado: «El régimen de la Comuna había devuelto al organismo social todas las fuerzas que hasta entonces venía absorbiendo el Estado parásito, que se nutre a expensas de la sociedad y entorpece su libre movimiento». Marx concedió sobre todo una enorme importancia al derecho de sufragio universal que en la Comuna habría de cumplir una función muy distinta de la que desempeñaba en la república burguesa: «En vez de decidir una vez cada tres o seis años qué miembros de la clase dominante

De nuevo sobre la sociedad civil y el Estado.

El derecho de sufragio.

han de representar y aplastar al pueblo en el parlamento, el sufragio universal habría de servir al pueblo organizado en comunas, como el sufragio individual sirve a los patronos que buscan obreros y administradores para sus negocios (...). Por otra parte, nada podía ser más ajeno al espíritu de la Comuna que sustituir el sufragio universal por una investidura jerárquica». Más aun, podría decirse que, según Marx, lo que caracterizaría al modelo de la Comuna (el empleo del condicional tiene sentido, pues la experiencia de la Comuna fue tan breve que su organización nunca pasó de ser un proyecto) sería la profundización del sufragio universal: en sentido extensivo, ya que el sufragio universal habría de ser el procedimiento para elegir a todos cuantos desempeñasen funciones públicas, incluidos los jueces; y en sentido intensivo, pues la elección iría acompañada de un control en todo momento sobre los elegidos.

De nuevo sobre la violencia.

Otro aspecto que tiene interés señalar es que Marx justificó los actos de violencia a que se vio obligada a recurrir la Comuna apelando —aunque no fuera explícitamente— al derecho de resistencia frente a la opresión. Marx argumentaba que «la guerra de los esclavizados contra los esclavizadores» es «la única guerra justa de la historia». Pero, en realidad, la actitud de Marx con respecto al problema de la guerra y, en general, respecto al de la violencia fue claramente ambivalente. Ya hemos visto la distinción que efectuaba entre las situaciones de Francia y Alemania, por un lado, e Inglaterra, por el otro. En el mismo sentido se pronunciaba en 1872: «Conocemos la importancia que se debe atribuir a las instituciones, costumbres y tradiciones de los diferentes lugares; y no negamos que existen países como Estados Unidos, Inglaterra, y si conociera mejor vuestras instituciones agregaría Holanda, en que los trabajadores pueden lograr sus fines por medios pacíficos. Si esto es así, debemos reconocer también que, en la mayoría de los países del continente, nuestras revoluciones deberán apoyarse en la fuerza, a la cual será necesario recurrir por un tiempo para establecer el reino del trabajo». Y más adelante, en 1878, condenará los dos atentados contra la vida de Guillermo I que habían servido de excusa para la promulgación por Bismarck de la ley antisocialista, mientras que, en 1881, expresará su admiración por el ala terrorista del movimiento populista ruso.

Crítica del programa de Gotha.

La última obra importante de Marx fue *Crítica del programa de Gotha* (1875), en donde mostraba su desacuerdo con el pro-

grama socialdemócrata que sellaba la reunificación de las dos fracciones hasta entonces existentes en el movimiento obrero alemán. Al igual que en sus obras anteriores, Marx seguía atribuyendo al Derecho un lugar subordinado en el conjunto de la sociedad: «El Derecho —escribía— no puede ser nunca superior a la estructura económica ni al desarrollo cultural de la sociedad por ella condicionado». Y en ello radicaba el fundamento de su crítica a las proclamas del Programa de que «todos los miembros de la sociedad tienen derecho a percibir el fruto íntegro del trabajo» o a un «reparto equitativo del fruto del trabajo»: el reparto, la distribución, venía a decir Marx, depende de la producción; lo que hay que cambiar es el modo como tiene lugar la producción. Sin embargo, Marx parece haber abandonado en esta obra —aunque su postura, de todas formas, no es del todo clara— la tesis de la extinción del Derecho y del Estado (Zolo). Refiriéndose a la etapa de transición al socialismo —a la dictadura del proletariado— en la que ya habrían desaparecido las clases sociales, Marx habla de la existencia de un Derecho que «como todo Derecho» es «el Derecho de la desigualdad». Y más adelante indica que sólo en la fase superior de la sociedad comunista «podrá rebasarse totalmente el estrecho horizonte del Derecho burgués, y la sociedad podrá escribir en su bandera: ¡De cada cual según su capacidad; a cada cual según sus necesidades!». Parece, pues, que lo que se extingue es el Derecho y el Estado *burgués*, lo que no excluye la subsistencia en la sociedad comunista de un Estado y un Derecho que tendrían que cumplir funciones muy distintas a las que cumplen en la sociedad burguesa. Marx añadía: «Cabe entonces preguntarse: ¿qué transformación sufrirá el Estado en la sociedad comunista? O en otros términos: ¿qué funciones sociales, análogas a las actuales funciones del Estado, subsistirán entonces? Esta pregunta sólo puede contestarse científicamente».

Sobre la extinción del Derecho y del Estado.

Lo anterior permite explicar también el tono despectivo empleado por Marx para referirse a los puntos del Programa que denominaba «letanía democrática». Su crítica se basaba, por una parte, en que las reivindicaciones del Programa las consideraba insuficientes, ya que «cuando no están exageradas hasta verse convertidas en ideas fantásticas, están ya realizadas» (y aquí citaba los casos de Suiza o de los Estados Unidos); y, por otra parte, en que resultaban incongruentes, pues presuponían necesariamente la república democrática y la soberanía popu-

lar, lo cual no existía en el Estado prusiano de la época ni figuraba tampoco entre las exigencias de los redactores del Programa.

La ambigüedad de Marx.

La conclusión que cabe extraer de todo esto es que la postura de Marx sobre los derechos humanos —y sobre la justicia en general— contiene una cierta dosis de ambigüedad. Al mostrar las conexiones existentes entre las ideas de libertad e igualdad de todos los hombres y las propias necesidades del sistema capitalista, Marx dio una explicación materialista, no idealista, a la ideología de los derechos humanos y puso de manifiesto el carácter histórico, no metafísico, de dicho concepto. Por otro lado, Marx se dio cuenta de que los derechos humanos, las libertades burguesas, eran una de las principales contradicciones generadas por el capitalismo y de que su desarrollo y realización podían hacer de ellos una palanca fundamental para acabar con el propio sistema capitalista. Pero no los consideró nunca como fines en sí mismos; no les atribuyó un valor propiamente ético, sino puramente político, instrumental.

El carácter político y no ético de los derechos humanos.

¿Por qué sólo medios y no también fines?

Esta ambigüedad de Marx se debe no sólo a las circunstancias del «contexto histórico» (indudablemente, la sociedad capitalista que él conoció difiere en aspectos esenciales de las sociedades industriales o postindustriales del presente), sino también a determinados conceptos básicos en su pensamiento y que, naturalmente, no son ajenos a las circunstancias en que se forjaron. Por ejemplo, la tesis de la extinción del Derecho y del Estado, de la que Marx sólo logró desprenderse —y no de un modo muy claro— en sus últimos escritos lleva, como es lógico, a infravalorar la importancia de las cuestiones jurídicas y políticas. Su concepción del hombre como un ser incondicionado, capaz de un desarrollo sin límites implica también la postulación de un tipo de sociedad que no necesita ya de sistemas de control social ni, por tanto, de un sistema que garantice que el ejercicio del control no trascienda de ciertos límites. El economicismo de algunos pasajes de sus obras y la creencia en la necesidad objetiva, «científica», del socialismo, sólo atenuada en sus últimos escritos, descansa en una concepción de la ciencia y del «progreso» en la que la ética difícilmente puede jugar un papel. Por otro lado, la tesis de la separación entre la sociedad civil y el Estado o, en otras palabras, el esquema base-superestructura no parece ser del todo adecuado para explicar lo que ocurre en las sociedades industriales avanzadas en las que el Estado —y el Derecho— no se limitan a garantizar

desde fuera las condiciones de la acumulación capitalista, sino que organizan, programan y controlan el desarrollo económico. Y otro tanto cabría decir de la idea de que los conflictos sociales —o, al menos, los conflictos históricamente importantes— son exclusivamente conflictos de clase cuyo origen es la propiedad privada de los medios de producción, lo cual implica la suposición de que, una vez abolida la propiedad privada, se ha terminado ya con toda fuente de conflicto. En fin, su concepción *hegeliana* de la historia, a la que antes nos hemos referido, según la cual la historia tiene un principio y, sobre todo, un fin (el comunismo, que es el criterio último de toda justicia), tiene el riesgo de inducir a creer que cualquier medio está justificado si apunta a dicho fin. De esta forma, el marxismo pudo llegar a presentarse, un tanto paradójicamente, como una variante del utilitarismo en materia de ética. «El criterio de Bentham —escribió, por ejemplo, L. Trotsky— significa: morales son los medios que conducen al bien general, fin supremo (...). Bajo su enunciado filosófico general, el utilitarismo anglosajón coincide así plenamente con el principio "el fin justifica los medios".» Este principio, añade Trotsky, «no encierra nada inmoral», si bien «no resuelve el problema de la moral», porque no identifica concretamente el fin, esto es, aquello que posibilita la mayor felicidad para el mayor número. Ahora bien, una vez identificado correctamente este fin (la sociedad comunista), han de valorarse como moralmente correctos todos los medios que conducen a él: «moral —concluye Trotsky— es lo que prepara el derrumbe completo y definitivo de la barbarie imperialista, y nada más»; «está permitido todo lo que conduce *realmente* a la liberación de la humanidad». Para advertir los riesgos que entraña semejante concepción de la ética basta con recordar la propia biografía de Trotsky: ni siquiera los que comparten un mismo fin están de acuerdo a la hora de señalar cuáles son los medios adecuados que conducen a él.

Dos interpretaciones del marxismo: Kautsky y Lenin.

Ahora bien, la interpretación anterior no ha sido, ni mucho menos, la única a que ha dado lugar la obra de Marx en materia de ética. En líneas generales, cabría hablar de dos líneas de pensamiento «marxista» —explicables seguramente por la ambivalencia existente en la propia obra de Marx— que pueden ejemplificarse con la famosa polémica habida entre Kautsky y Lenin al final de la segunda internacional (1918). Kautsky, siguiendo una línea interpretativa que puede remontarse a los últimos escritos de Engels y que luego caracterizará a lo que

suele denominarse humanismo socialista o socialismo democrático, defendió el carácter irrenunciable, aunque susceptible de profundización, de los derechos humanos del liberalismo, y en especial el valor de la democracia y del sufragio. Lenin, y tras él el pensamiento jurídico soviético (por ejemplo, Pašukanis), recalcó, por el contrario, los aspectos críticos de Marx respecto a los derechos humanos, y, en general, respecto al Derecho y el Estado. Para Lenin, en la fase de transición al socialismo —en la dictadura del proletariado— no cabría hablar de derechos humanos, al menos en cuanto «derechos de todos los hombres»: los explotadores burgueses no podían tener los mismos derechos que la clase proletaria, que partía de una situación de inferioridad económica, cultural, técnica, etcétera. Y en la segunda fase, en la sociedad plenamente socialista, los derechos humanos dejarían también de tener sentido, pues la consecución de la libertad y de la igualdad *reales* habría de significar también la desaparición del Derecho y del Estado. Dicho de otra forma, mientras que en la primera interpretación se trata de mostrar los elementos de continuidad entre el liberalismo y el socialismo, en la segunda se hace hincapié en los elementos de ruptura y en la imposibilidad de una transición pacífica, a través del derecho de sufragio y de la democracia, del capitalismo al socialismo. Hoy, los marxistas contemporáneos de los países occidentales, con muy pocas excepciones, se adscriben a la primera línea interpretativa; pero ello no parece que pueda hacerse de un modo coherente sin una auténtica «revisión» del pensamiento de Marx.

3.9. La concepción analítica de la justicia

¿Qué significa «filosofía analítica»?

Al comienzo de este capítulo hicimos diversas referencias a la filosofía analítica que es, seguramente, la concepción más característica del pensamiento filosófico del siglo xx. Ahora ha llegado el momento de precisar mejor lo que cabe entender, en general, por «filosofía analítica», para examinar luego muy brevemente la concepción de la justicia de algunos autores pertenecientes a esta corriente filosófica.

Bajo el rótulo común de «filosofía analítica» se suele designar un conjunto bastante amplio de escuelas y autores entre

los que cabe establecer notables diferencias teóricas e ideológicas. Puede decirse, sin embargo, que todas las escuelas y autores *analíticos* comparten una serie de «rasgos de familia». Según Rabossi (1973), serían los siguientes: la tendencia a ver una relación más o menos íntima entre la filosofía y el lenguaje; la adopción de una actitud cautelosa hacia la metafísica; la actitud positiva hacia el saber científico, y el reconocimiento implícito o expreso de que el análisis constituye una condición necesaria del filosofar.

Fases de la filosofía analítica.

Por otro lado, en el desarrollo histórico de la filosofía analítica se pueden distinguir tres fases. La primera iría desde comienzos de siglo hasta aproximadamente 1925, que es el año en que Wittgenstein publica su *Tractatus Logico-Philosophicus*, y comprende el período de reacción contra el idealismo absoluto, el desarrollo del análisis clásico y el desenvolvimiento del atomismo lógico; los dos autores seguramente más representativos serían G. E. Moore y Bertrand Russell. La segunda etapa, que llega hasta la segunda guerra mundial, es la que suele denominarse positivismo lógico o neopositivismo. Se caracteriza por la defensa de tesis estrictamente empiristas y por la asunción de una actitud de crítica total a la metafísica. Aquí cabe incluir a la «Escuela de Upsala» a la que, entre otros, perteneció A. Ross, al «Grupo de Berlin», al «Grupo de Varsovia» y, sobre todo, al «Círculo de Viena», con el que Kelsen mantuvo algunos tenues contactos, aunque no perteneció a él. En la tercera etapa, que se inicia tras la segunda guerra mundial, pueden distinguirse dos grandes tendencias. Por un lado está la línea *reconstruccionista*, que destaca la importancia de los lenguajes formalizados construidos a partir del empleo de técnicas lógico-formales; algunos de sus representantes más importantes son Carnap, Quine o Hintikka. Por otro lado, la llamada *filosofía lingüística*, que centra su interés en el análisis de los lenguajes ordinarios o naturales; las figuras más importantes en este caso son el «segundo» Wittgenstein, Ryle, J. L. Austin, Hare y, en la filosofía del Derecho, H. Hart.

El positivismo lógico.

La filosofía moral analítica.

Esto quiere decir que las contribuciones de los filósofos analíticos a la teoría ética (y últimamente, como hemos visto, a la ética prescriptiva o normativa) han sido abundantes y relativamente heterogéneas. Aquí no vamos a ofrecer un panorama completo de las mismas, pero lo que antes hemos dicho de algunos de estos autores y de algunos esquemas teóricos comunes a todos ellos puede dar una cierta idea de la filosofía moral

analítica. Nuestro interés se centrará ahora en la concepción de la justicia de los tres autores quizá más influyentes en el pensamiento jurídico contemporáneo (Kelsen, Ross y Hart) y que pueden considerarse al mismo tiempo (aunque en relación con Kelsen pueda abrigarse alguna duda) como los máximos representantes de la filosofía del Derecho analítica.

La concepción de la justicia de Kelsen.

Como hemos visto, H. Kelsen no perteneció al neopositivismo o positivismo lógico en sentido estricto (aunque haya sido el más caracterizado representante del positivismo jurídico en el siglo XX). Sin embargo, como acabamos de ver, «neopositivismo» no es lo mismo que «filosofía analítica»; Kelsen comparte todos —o casi todos— los rasgos que hemos utilizado para definir la «filosofía analítica»; su obra ha influido profundamente en la de otros autores plenamente analíticos; y su concepción de la ética y de la justicia es análoga a la de muchos representantes del neopositivismo y, en particular, a la de Ross.

Irracionalismo y emotivismo.

Es frecuente caracterizar la concepción de la justicia de Kelsen como irracionalista y emotivista (Calsamiglia). La base fundamental para ello es su famoso ensayo *¿Qué es justicia?*, que concluye con estas palabras: «He empezado este ensayo preguntándome qué es la justicia. Ahora, al concluirlo, sé que no he respondido a la pregunta. Lo único que puede salvarme aquí es la compañía. Hubiera sido vano por mi parte pretender que iba a triunfar allí donde los más ilustres pensadores han fracasado. Verdaderamente, no sé ni puedo afirmar qué es la justicia, la justicia absoluta que la humanidad ansía alcanzar. Sólo puedo estar de acuerdo en que existe una Justicia relativa y puedo afirmar qué es la justicia para mí. Dado que la ciencia es mi profesión y, por tanto, lo más importante en mi vida, la justicia, para mí, se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. *Mi* justicia, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz; la justicia de la democracia, la de la tolerancia». Sin embargo, el emotivismo y, sobre todo, el irracionalismo de Kelsen debe ser matizado, especialmente cuando se consideran otras obras suyas.

¿De qué se predica la justicia?

En alguno de sus escritos, Kelsen (1966) sostuvo que la justicia es una propiedad que puede predicarse de un agente o de un acto, pero no de una norma. Los actos creadores de normas (procedan del legislador o del juez) pueden asumir los valores justo/injusto, según se hayan dictado en conformidad o no con una determinada norma o principio de justicia. Pero las normas *jurídicas* sólo tienen el valor que les atribuye el propio Derecho positivo.

Únicamente de manera indirecta, es decir, en cuanto que se traslada a la norma el juicio aplicado al acto de su creación, una norma puede calificarse como justa o injusta. La razón estriba en que, para Kelsen, toda norma válida —dictada en conformidad con los procedimientos establecidos por otras normas— constituye un valor (un deber ser) y el valor mismo no puede ser valorado. Mientras que una realidad (un hecho) es susceptible de ser como debe ser o de no ser como debe ser, de un deber ser (de una norma) no tiene sentido predicar cómo debe (o no debe) ser. Por eso, para él, la noción de «Derecho injusto» es contradictoria, pues implica afirmar *al mismo tiempo* la validez de la norma de justicia y del Derecho positivo. Caben, por tanto, dos opciones: afirmar la validez de la norma de justicia, y entonces lo que se califica como injusto no es Derecho (pues no ha sido dictado en conformidad con dicha norma de justicia: tesis iusnaturalista); o bien afirmar la validez del Derecho positivo, y entonces lo que se califica como «Derecho injusto» es Derecho pero no es injusto (tesis del positivismo jurídico y, por tanto, de Kelsen).

Ahora bien, esta última tesis parece realmente insatisfactoria, y da la impresión de que Kelsen se haya visto obligado a aceptarla por necesidades de coherencia con otros elementos de su obra. En primer lugar, con su *monismo metodológico* (del cual trataremos en el próximo capítulo) que, a su vez, es una consecuencia de su rechazo del dualismo característico del Derecho natural. En segundo lugar, con su concepto de *validez normativa* (estrechamente ligado con el de norma fundamental) que comprende, al menos, dos nociones distintas: la validez como existencia de una norma (validez lógica) y la validez como obligatoriedad o deber de obedecer una norma (validez axiológica). En todo caso, lo que interesa resaltar es que Kelsen admite que las normas jurídicas pueden valorarse *indirectamente*, a través de los actos creadores de las mismas.

Ahora bien, para calificar un acto como justo o injusto es preciso partir, como hemos visto, de una *norma* previa de justicia que, como todas las normas, es un acto de voluntad, no de conocimiento, y por tanto no es racional, sino, podríamos decir, a-racional, más bien que irracional. Para Kelsen, una norma jurídica es el significado objetivo —no el sentido subjetivo, psicológico, que el propio agente atribuye a su acto— de un acto de voluntad. Por eso, para él, como para Ross, el concepto de «razón práctica» —el alejamiento de Kant en este punto

es notorio— es contradictorio, implica una amalgama inaceptable de razón y voluntad. La razón sólo puede conocer normas, no crearlas: la ciencia del Derecho, como veremos en el siguiente capítulo, es una ciencia que describe normas, pero no las crea. Ahora bien, la norma de justicia, en opinión de Kelsen, puede ser de tipo metafísico o de tipo racional. Las normas de justicia de carácter metafísico (por ejemplo, la ley eterna postulada por el iusnaturalismo medieval) emanan de una instancia trascendente, su contenido no puede ser comprendido por la razón humana y encarnan un ideal absoluto de justicia que excluye cualquier otro. Por el contrario, las normas de justicia de carácter racional (por ejemplo, el imperativo categórico) son establecidas por actos humanos —por la voluntad, no por la razón humana— aunque a veces puedan concebirse como creadas por una instancia trascendente, su contenido es aprehensible racionalmente, y presuponen la existencia de una pluralidad de ideales de justicia: los valores de justicia son, pues, relativos. En conclusión, Kelsen califica como un «ideal irracional» solamente a la justicia absoluta, la justicia que sólo puede emanar de una voluntad trascedente, de Dios, mientras que las otras son, para él, «normas de justicia de carácter racional». Es cierto que Kelsen considera que «la justicia que el mundo invoca a gritos», «la justicia por excelencia es, pues, la justicia absoluta», pero por eso su propuesta consistirá en sustituir este «ideal irracional» por normas de justicia que tienen un carácter racional —aunque no en el sentido de que hayan sido creadas por la razón— y que para él no pueden ser otras que las de la democracia formal.

Normas de justicia de tipo metafísico y de tipo racional.

El emotivismo sería también, según una opinión ampliamente compartida, el rasgo más característico de la concepción de la justicia de A. Ross. En su obra más conocida, *Sobre el Derecho y la justicia*, pueden leerse unas frases que se han hecho ya tópicas para ilustrar el emotivismo ético: «Invocar la justicia es como dar un golpe sobre la mesa: una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto. Ésta no es una manera adecuada de obtener comprensión mutua. Es imposible tener una discusión racional con quien apela a la "justicia", porque nada dice que pueda ser argüido en pro o en contra. Sus palabras constituyen persuasión, no argumento. La ideología de la justicia conduce a la intolerancia y al conflicto, puesto que por un lado incita a la creencia de que la demanda propia no es la mera expresión de un cierto interés en

La concepción de la justicia de Ross.

conflicto con intereses opuestos, sino que posee una validez superior, de carácter absoluto; y por otro lado, excluye todo argumento y discusión racionales con miras a un compromiso. La ideología de la justicia es una actitud militante de tipo biológico-emocional, a la cual uno mismo se incita para la defensa ciega e implacable de ciertos intereses».

¿En qué sentido es emotivista Ross?

Sin embargo, el emotivismo de Ross —que está fuera de discusión— debe ser precisado para no desvirtuar su concepción, ya de por sí bastante extrema. Siguiendo el análisis clásico de Perelman, al que aludimos en su momento, Ross distingue dos aspectos en la idea de justicia. Por un lado está la justicia en sentido formal que se identifica con la exigencia formal de igualdad: tratar igual a los seres pertenecientes a la misma categoría. En este sentido la justicia es una exigencia de racionalidad, una idea si se quiere evidente, lógica, pero vacía; es una pura consecuencia del concepto de norma: quienquiera que se comporte aplicando normas —normas generales y abstractas— y no lo haga arbitrariamente, respeta esta idea de igualdad, de justicia. Pero si se quiere pasar de esta exigencia formal a una noción de justicia que implique algún contenido, que sirva para poder valorar la norma en sí como justa o injusta, es necesario, como también vimos, añadir criterios materiales, reglas (como «a cada uno lo mismo», «a cada uno según su capacidad», etcétera) que no son ya evidentes ni están por encima de toda discusión, sino que, afirma Ross, «deben ser justificadas a la luz de sus consecuencias prácticas». Ahora bien, en contra de lo que podría sugerir esta última frase, Ross no defiende una concepción utilitarista de la justicia (por el contrario, su obra contiene una de las críticas más agudas dirigidas al utilitarismo), y de ahí que se vea abocado hacia el emotivismo. Pero es importante advertir que su emotivismo sólo alcanza al nivel de la justicia que hemos llamado «justicia de la norma», no a la «justicia del acto». Ross afirma: «Las palabras "justa" e "injusta" (o "correcta" e "incorrecta") tienen sentido cuando se aplican para caracterizar la decisión tomada por un juez, o por cualquier otra persona que debe aplicar un conjunto determinado de reglas. Decir que la decisión es justa significa que ha sido tomada de manera regular, esto es, de conformidad con la regla o sistema de reglas vigentes. Con menos precisión, estos términos pueden ser aplicados a cualquier otra acción que se juzga a la luz de determinadas reglas. En este sentido, cualquier conducta puede ser denominada "correcta", si está en

Justicia formal y justicia material.

armonía con reglas presupuestas, jurídicas o morales». «Pero —continúa Ross— aplicadas para caracterizar una regla general o un orden, las palabras "justo" e "injusto" carecen de significado. La justicia no es una guía para el legislador. Porque en verdad es imposible, como hemos visto, derivar de la idea formal de igualdad ningún tipo de exigencia relativa al contenido de la regla o del orden. Aplicadas en esta conexión, las palabras no tienen significado descriptivo alguno. Una persona que sostiene que cierta regla o conjunto de reglas —por ejemplo, un sistema impositivo— es injusto, no indica ninguna cualidad discernible en las reglas. No da ninguna razón para su actitud; simplemente se limita a darle una expresión emocional. Esa persona dice: "Estoy en contra de esta regla porque es injusta". Lo que debiera decir es: "Esta regla es injusta porque estoy en contra de ella".»

Crítica al emotivismo.

Desde luego, que deba interpretarse correctamente no quiere decir que la concepción de la justicia de Ross esté justificada. Hay por lo menos dos consecuencias derivadas de esta teoría que resultan francamente inaceptables. En primer lugar, una postura de este tipo tiene el serio inconveniente de colocar todos los criterios (no formales) de justicia en un mismo plano: según Ross no habría ninguna *razón* para elegir como criterio de justicia la norma que prohíbe discriminar a los seres humanos por razones de raza, frente a la que permite las prácticas del *apartheid*. En segundo lugar, el concepto de «racionalidad» que maneja Ross es, sin duda, demasiado estrecho, pues se basa en la idea de que un enunciado sólo es significativo —racional— si es verificable, esto es, si es susceptible de contrastación empírica. Semejante concepción del significado parece muy difícil de sostener y, de hecho, caracteriza una fase ya superada de la filosofía analítica: la del neopositivismo. Si tuviera razón Ross, no sólo sería irracional hablar de la justicia, sino también formular leyes científicas: el enunciado «los metales se dilatan con el calor» también carecería de significado, p es no es verificable (lo único que cabe verificar es que tales y cuales trozos de metal —pero no *todos* los metales— se dilatan cuando se calientan). En comparación con la de Ross, la postura de Kelsen resulta, pues, bastante más moderada: para este último, lo irracional sólo sería propugnar un ideal absoluto de justicia.

La concepción de la justicia de Hart.

Un paso adelante en la recuperación de la racionalidad del discurso ético lo representa la obra de Hart, que, por otro lado,

pertenece a una fase de desarrollo de la filosofía analítica posterior a la del neopositivismo. Hart también parte de la distinción entre la justicia en la aplicación de las normas y la justicia de las normas, del Derecho, pero considera que se pueden establecer racionalmente unos mínimos contenidos de justicia; es decir, que se pueden justificar racionalmente ciertas *reglas* de conducta que toda organización social debe contener para ser viable y que él denomina «contenido mínimo de Derecho natural». Tales normas derivan de una serie de rasgos característicos del mundo y de los hombres, que son los siguientes: *a*) La *vulnerabilidad humana*, que hace que sea necesario algún tipo de reglas que restrinjan el uso de la violencia (por ejemplo, «no matar») para llevar a cabo el propósito mínimo de supervivencia que los hombres tienen cuando se asocian entre sí. *b*) La *igualdad aproximada* de los hombres: como nadie es tan poderoso como para poder sojuzgar a los otros por un tiempo indefinido, es necesario que existan abstenciones y concesiones mutuas, y como siempre habrá hombres dispuestos a violar tales restricciones, será necesario pasar de las formas simplemente morales a las formas jurídicas. *c*) El *altruismo limitado*: el que los hombres no sean ni demonios ni ángeles, trae como consecuencia la existencia de reglas que prescriben ciertas abstenciones —esto es, prohibiciones— sin las cuales no existiría el Derecho; si todos los hombres fueran ángeles, el Derecho no haría ninguna falta, y si todos fueran demonios sería, sencillamente, imposible. *d*) Los *recursos limitados* que hacen necesaria alguna forma mínima de propiedad (las cosas no pueden estar a merced de quien quiera tomarlas), aunque no forzosamente de propiedad individual. *e*) La *comprensión y fuerza de voluntad limitadas*. Como no todos comprenden los intereses a que obedecen las anteriores reglas y no todos tienen fuerza de voluntad para obedecerlas sin más, se hace preciso establecer sanciones. Por otro lado, las sanciones son posibles por la existencia de una igualdad aproximada. Por eso, donde no existe esa igualdad —en el Derecho internacional— resulta difícil hablar de sanciones e incluso, en algunos de sus sectores, de Derecho.

El contenido mínimo de Derecho natural.

Ahora bien, la concepción de Hart —que se inspira sobre todo en Hobbes— se diferencia del iusnaturalismo tradicional en dos aspectos fundamentales. En primer lugar, Hart considera que el mínimo contenido de Derecho natural que él postula deriva de ciertas características del mundo y de los hombres de

¿Es iusnaturalista la concepción de la justicia de Hart?

las que no hay motivo para suponer que son inmutables, y reconoce que las ventajas que se derivan de esas reglas no siempre se han extendido a todas las personas. Así pues, faltarían las notas de inmutabilidad y de universalidad que utilizamos en su momento para caracterizar la concepción iusnaturalista de la justicia. El segundo, que afecta más a la teoría del Derecho que a la de la justicia, se refiere a la distinta manera de entender las relaciones entre el Derecho y la moral. Al igual que los iusnaturalistas, Hart acepta que existe una importante conexión entre el Derecho y la moral tanto a nivel lingüístico y conceptual, como desde el punto de vista del contenido: su teoría del contenido mínimo de Derecho natural permite explicar la existencia de una zona más o menos amplia de confluencia entre el Derecho y la moral. Pero, a diferencia de los iusnaturalistas, Hart mantiene netamente la distinción entre la validez y la justicia del Derecho (entre el Derecho y la obligación de obedecer al Derecho). Así, una norma tiene carácter jurídico —pertenece a un determinado sistema jurídico— no por razones morales, sino porque el propio ordenamiento jurídico o, si se prefiere, su regla de reconocimiento, le otorga validez jurídica.

3.10. La concepción de la justicia de J. Rawls

Una teoría del contrato social.

En los últimos diez o quince años, la discusión sobre el problema de la justicia en un amplio sector de la filosofía contemporánea se ha polarizado en torno a la obra del norteamericano J. Rawls. Su teoría de la justicia pretende ser una superación del intuicionismo (el punto de vista según el cual la única vía para el conocimiento de la justicia es la intuición) y, sobre todo, del utilitarismo (la concepción según la cual la justicia depende de las consecuencias de las acciones o de las normas). Para ello, Rawls se inspira fundamentalmente en la filosofía de Kant y construye una nueva versión de la teoría del contrato social de la que en seguida presentaremos una breve síntesis. Además, desde el punto de vista metodológico, la obra de Rawls puede considerarse próxima a las de los autores de la filosofía analítica, pero se aparta de éstos, al menos, en un aspecto sumamente importante: Rawls no pretende situarse en el nivel de la metaética o ética teórica, sino, esencialmente, en el de la

ética normativa. Su propósito es el de justificar unos principios de justicia que puedan servir para establecer cuándo ciertas normas, instituciones sociales, etcétera, pueden considerarse justas o injustas. De alguna forma, la suya es una concepción *postanalítica* de la justicia, ideológicamente comprometida con la defensa de un liberalismo de signo progresista.

Para la construcción de su teoría, Rawls sigue una línea de pensamiento, sostenida anteriormente por diferentes filósofos, según la cual el discurso moral surge de la adopción de un determinado punto de vista: los principios morales válidos serían aquellos que uno estaría dispuesto a aceptar si se adopta ese punto de vista. Es la idea del «observador ideal», el «observador imparcial», el «preferidor racional», en definitiva, la de todas aquellas concepciones que sitúan el problema de la justicia en el nivel de la justicia del agente: un acto o una norma son justos si proceden o pueden hacerse derivar de un determinado agente (real o ficticio) del que se predican unas determinadas características.

En concreto, Rawls recoge la idea del contrato social de Locke, Rousseau y Kant —a la que pretende llevar a «un nivel más alto de abstracción»— y trata de crear una situación hipotética —la *posición originaria*— que permita establecer por consenso los principios de la justicia. Quien formula estos principios no es, por tanto, *un* observador, sino una serie de agentes situados en una posición especial. Siguiendo una sugerencia de Hare, cabría decir que quienes enuncian tales principios son los POPs *(people in original position)* y lo hacen para los POLs *(people in ordinary life)*. Naturalmente, la posición originaria no pretende ser otra cosa que una construcción metodológica, una representación gráfica de una situación ideal en la que puedan regir ciertas reglas procesales del discurso moral.

La posición originaria.

Precisamente, para asegurar la vigencia de estas reglas procesales y la imparcialidad de quienes se encuentran en la posición originaria, Rawls introduce el concepto del «velo de la ignorancia», es decir, supone que los POPs se encuentran privados de ciertos conocimientos, y poseen otra serie de ellos, lo cual asegura la existencia de condiciones de imparcialidad y de universalidad que permitan llegar a un consenso en la determinación de los principios de la justicia. Así, quienes están situados en la posición originaria no deben saber el lugar que ocupan en la sociedad; su posición de clase, o estatus social; su suerte en la distribución de dotes naturales (inteligencia, fuerza física);

El velo de la ignorancia.

los datos particulares de su plan racional de vida; los rasgos especiales de su psicología (pesimismo, optimismo); las condiciones especiales de su propia sociedad: situación económica y política, nivel de civilización y cultura; a qué generación pertenecen. Por el contrario, deben saber que su sociedad está sujeta a las condiciones de la justicia, es decir, a una serie de factores objetivos y subjetivos (y que vienen a coincidir en amplia medida con los señalados por Hart en su teoría del contenido mínimo de Derecho natural) que hacen que la cooperación humana sea posible y necesaria. Las condiciones objetivas vienen dadas por el hecho de que una pluralidad de personas deben coexistir en un territorio geográficamente limitado, y en donde los recursos naturales no son tan abundantes como para hacer superflua la cooperación, ni las condiciones son tan terribles y duras como para hacerla infecunda. Las condiciones subjetivas consisten en que tales personas son aproximadamente similares en capacidad física y mental, son vulnerables a los ataques de los demás, y sus planes de vida pueden ser bloqueados por la fuerza unida de los otros. Además, quienes se encuentran en la posición originaria deben conocer los hechos generales acerca de la sociedad humana, los principios de la economía política, las bases de la organización social, las leyes de la psicología humana y todos aquellos hechos generales que afecten a la elección de los principios de la justicia.

El juego de la justicia.

Pues bien, los individuos situados en la posición originaria y bajo el velo de la ignorancia deben «jugar» hasta llegar a la formulación de los principios de la justicia. Se trata de un juego de *n* jugadores (es decir, de número indeterminado) y de suma cero, en el que lo que unos ganan lo pierden otros; cooperativo (las preferencias de los jugadores no son estrictamente competitivas, de manera que todos prefieren, por ejemplo, llegar a un acuerdo, antes que vivir en estado de naturaleza, esto es, en una sociedad en que no hayan sido establecidos los principios de la justicia). Además, los jugadores tienen plena libertad para llegar a acuerdos entre ellos. No existe tampoco limitación de tiempo (en otro caso tendría ventaja el jugador que interviene al final), y el juego se termina cuando se alcanza un consenso acerca de los principios básicos que han de regir para los POLs. En opinión de Rawls, el consenso se lograría en torno a los dos siguientes principios:

Los principios de la justicia.

Primer principio: «Cada persona ha de tener un derecho

igual al más amplio sistema total de libertades básicas, compatible con un sistema similar de libertad para todos».

Segundo principio: «Las desigualdades económicas y sociales han de ser estructuradas de manera que sean para: *a*) mayor beneficio de los menos aventajados, de acuerdo con un principio de ahorro justo [principio de diferencia], y *b*) unido a que los cargos y las funciones sean asequibles a todos, bajo condiciones de justa igualdad de oportunidades».

Pero estos principios exigen todavía algunas explicaciones, para hacerse cargo del esquema global manejado por Rawls.

La sociedad estatal.

La enunciación del segundo principio pone de manifiesto que Rawls presupone que la sociedad de los POLs, es decir, aquella a la que deberán aplicarse los principios de la justicia, es una sociedad con diferencias socioeconómicas. Define a la sociedad estatal como una «empresa cooperativa para obtener ventajas mutuas» y, en su opinión, las mayores ventajas —la mayor eficiencia— se obtiene cuando se logra un superávit por desigualdad. Dicho de otra manera: es preferible una situación con desigualdades socioeconómicas pero con mayor rendimiento, a otra situación de absoluta igualdad economicosocial, pero con menos bienes a repartir. Ello implica, a su vez, que los POPs, los jugadores, deben ser individuos racionales (esto es, capaces de apreciar las consecuencias de sus acciones); autointeresados (persiguen su propio interés); no envidiosos, por lo menos dentro de ciertos límites, pues aceptan que otros individuos puedan estar en una situación social y económica más ventajosa, si de esta forma mejora también su propia situación, siempre y cuando se haya respetado el principio de igualdad de oportunidades; y dotados del «sentido de la justicia» que, en su opinión, todo ser racional desarrolla bajo «condiciones sociales normales».

Los bienes primarios.

Por lo que se refiere al primero de los principios, Rawls supone que toda persona racional tiene su *plan de vida*, y que aunque tales planes sean diferentes según las personas, todos ellos requieren para su realización ciertos *bienes primarios*, naturales y sociales. Según Rawls, los bienes primarios son cosas que se supone que desea un ser racional, con independencia de lo que desee además. En consecuencia, puede suponerse que los POPs preferirán poseer la mayor cantidad de bienes primarios. Ahora bien, Rawls divide estos bienes primarios en grandes categorías: derechos y libertades, oportunidades

y poderes, ingresos y riqueza, y establece entre ellos una relación de prioridad otorgando a la libertad una prioridad lexicográfica y suprema. Esto quiere decir que en una sociedad que haya adquirido un mínimo desarrollo económico —y en otro caso podría pensarse que falta una de las condiciones para que pueda hablarse de justicia— la libertad sólo puede ser limitada por la libertad (de los demás), como se enuncia en el primero de los principios, y que, además, dicho principio posee una prioridad «lexicográfica» sobre el segundo: al igual que la disposición de las palabras en un diccionario, es necesario realizar completamente el primero de los principios (cuyo objeto es la distribución del bien primario libertad) antes de pasar al segundo (que se refiere a la distribución de los otros bienes primarios).

Prioridad de la libertad.

La regla maximin.

Finalmente, ambos principios presuponen la adopción de una determinada regla por parte de los jugadores, según la cual, y en las condiciones ya indicadas, el consenso debe recaer, necesaria y precisamente, en esos principios. Según Rawls, los jugadores aplican en su juego la regla *maximin*, es decir, procuran obtener lo mejor en la peor situación concebible (los POPs tienen que pensar que la posición que ocupen como POLs podría serles asignada por su peor enemigo). Para aclarar este concepto, puede servir el siguiente supuesto:

Decisiones	*Circunstancias*		
	C_1	C_2	C_3
D_1	—7	8	12
D_2	—8	7	14
D_3	5	6	8

Aquí, la regla *maximin* exigiría adoptar la decisión D_3, pues en ese caso, lo peor que puede suceder es que uno gane solamente 5, lo cual siempre es mejor que perder 7 u 8. Según Rawls, habría por lo menos tres razones que abogan en favor de esta regla: 1) es la más adecuada para las situaciones en que es imposible o muy inseguro un conocimiento de las probabilidades; 2) se ajusta a los supuestos en los que quien razona no está muy interesado en los incrementos adicionales que puedan obtenerse por encima del mínimo que puede lograrse maximizando dicho mínimo; 3) es adecuada también en los casos en

que las pérdidas por debajo del mínimo garantizado sean muy importantes para el que elige.

Las críticas a Rawls.

Todos los conceptos que forman el entramado de la teoría de Rawls han sido objeto de críticas. Por ejemplo, respecto a la *posición originaria,* Hare ha dicho que este concepto complica innecesariamente las cosas y trae aparejados inconvenientes de los que carecen otras teorías que sostienen el punto de vista moral del observador imparcial o del preferidor racional. Uno de ellos es el problema de saber quiénes integran el comité de los POPs. La concepción de Rawls parece sugerir que los POPs serán los futuros POLs; si esto es así, dadas las condiciones que impone Rawls —como, por ejemplo, cierto nivel de racionalidad— estarían excluidos los animales, los niños y los seres posibles, es decir, las personas no existentes, lo cual plantea problemas en relación con la justicia entre generaciones, el tratamiento justo de los niños, de los animales o de las personas por nacer. Por otro lado, Rawls parece incluir sólo a los «hombres representativos» de posiciones sociales relevantes, pero es realmente difícil precisar quiénes son estos hombres representativos. Si la condición de POP no es necesaria para gozar de la aplicación de los principios de la justicia, ¿para qué, entonces, esta «representación dramática» de la situación originaria?

El problema fundamental que plantea el segundo de los conceptos fundamentales —el *velo de la ignorancia*— es el de su espesor: no es fácil determinar cuáles son las cosas que deben saber y qué han de ignorar quienes están situados en la posición originaria. Si, como hemos visto, deben conocer las bases de la organización social, los principios de la economía política o las leyes de la psicología humana, hay que aceptar que tales conocimientos están históricamente condicionados, de manera que no es posible que los posean ignorando, por ejemplo, a qué cultura y a qué generación pertenecen (R. P. Wolff).

La definición de *sociedad estatal* que da Rawls es también sumamente discutible. Por un lado, Rawls centra su atención en los fines del Estado, pero es posible que se logre una determinacion más adecuada de la realidad estatal si se excluyen connotaciones de tipo moral y se hace hincapié (como en la clásica definición de Max Weber) en los medios: lo que caracteriza al Estado es que monopoliza el ejercicio de la fuerza física. Por otro lado, la definición de Rawls no toma en consideración algo que para muchos autores, como vimos en el capítulo ante-

rior, constituye el elemento más característico del Estado: el conflicto social. En este sentido, su teoría podría ser tachada de idealista; los principios de la justicia podrían servir para la sociedad imaginaria pensada por Rawls, pero no para las sociedades existentes en la realidad.

El concepto de *bienes primarios* no deja tampoco de plantear problemas. Aunque se acepte que los bienes primarios son aquellos que toda persona desearía tener lo más pronto y en la mayor cantidad posible, no se sigue de ello (B. Barry) que sea racional elegir en la posición originaria principios de aplicación general para la distribución más amplia posible de estos bienes primarios. Es decir, el que algo constituya un bien individual no implica que se convierta *ipso facto* en un bien colectivo. De afirmar: 1) «yo preferiría más de X a menos de X *ceteris paribus* (es decir, manteniéndose constantes el resto de las condiciones)», no puede pasarse a afirmar 2) «me gustaría que la sociedad estuviera ordenada de tal manera que yo y todos los demás obtengamos lo más posible de X». Es perfectamente posible y «racional» que uno prefiera tener la mayor cantidad posible de poder, pero no desee vivir en una sociedad en la que todos tengan una gran cantidad de poder. Como ha escrito Barry: «al elegir los principios que han de aplicarse a una sociedad, uno tiene que ver la implicación que cualquiera de estos principios tiene para la sociedad y preguntarse si prefiere vivir en una sociedad de acuerdo con este principio o de acuerdo con alguna otra alternativa. Niego que la respuesta pueda ser deducida de preferencias individuales *ceteris paribus*». Por otro lado, Rawls reduce los principios de justicia a problemas de distribución, olvidando o relegando la cuestión de la producción de los bienes.

El principio de la *prioridad de la libertad*, de que la libertad sólo puede ser limitada por la libertad, ha sido criticado, entre otros, por Hart (1975). Para este último, el primer principio de Rawls sirve para los casos triviales, pero no para los realmente interesantes. Se puede aceptar, por ejemplo, que en una discusión se limite la libertad de hablar para que todos puedan hacer uso de la libertad de expresión, pero el principio no parece aplicable en relación con la libertad de consumir drogas (que podría ser sensato limitar para preservar la salud pública) o con la libertad de propiedad (cuya limitación suele justificarse en términos de lograr un reparto más igualitario de la riqueza).

Finalmente, varios autores han puesto en duda que los individuos situados en la posición originaria hubieran de guiarse por el principio *maximin*. R. Nozick, por ejemplo, ha puesto de manifiesto que la adopción de semejante regla significaría aceptar una cierta actitud psicológica de los POPs (poca tendencia al riesgo) que no hay por qué presuponer necesariamente.

A pesar de estas críticas, que no son, ni mucho menos, todas las que se le han dirigido, a la obra de Rawls hay que reconocerle, por lo menos, un mérito fundamental: haber contribuido a reavivar la discusión sobre todos los temas relacionados con la justicia, y haberlo hecho en forma altamente sugestiva.

3.11. Derechos humanos. Estado de Derecho y democracia

Todas las concepciones de la justicia que hemos examinado hasta aquí —al igual que otras de las que no hemos tenido oportunidad de tratar— parecen haber llegado en nuestro tiempo a coincidir en un punto básico, en la idea de que los derechos humanos constituyen un mínimo, o un máximo, de justicia indiscutible. Los derechos humanos se han convertido, en cierto modo, en el banco de pruebas para cualquier teoría de la justicia: la validez o aceptabilidad de las mismas está en función de su grado de compromiso en la defensa de los derechos humanos, de su capacidad para dotar a los mismos de un fundamento sólido, para promover «nuevos» derechos humanos, etcétera. La ideología —y empleo aquí la expresión en el sentido neutral de sistema de ideas— de los derechos humanos cumple hoy una función análoga a la que cumplió el cristianismo en la Europa medieval: marca los límites dentro de los cuales puede moverse la reflexión ética y política. Ello explica, por otro lado, que se haya podido hablar del «mito» o de «la religión» de los derechos humanos (Villey).

Un concepto difícil.

En efecto, los derechos humanos se han convertido, en nuestros días, en una fuente importante de consenso. Sin embargo, el precio del consenso, en una sociedad cargada de conflictos y en la que no parecen existir muchos intereses *reales* compartidos, no puede ser otro que la imprecisión conceptual. Por eso, las definiciones de los derechos humanos acostumbran a ser

tautológicas (los derechos humanos son aquellos que el hombre posee por el mero hecho de ser hombre), metafísicas (son derechos que no surgen del Estado, sino de la naturaleza humana) o ambas cosas al mismo tiempo. Aceptar alguna de las anteriores fórmulas —u otras semejantes— compromete muy poco a la hora de establecer cuáles son, «en concreto», los derechos humanos. Podría pensarse que el acuerdo de que forman el contenido fundamental de la idea de justicia es enteramente pírrico, pues cada uno entiende una cosa distinta por «derechos humanos».

Sin embargo, sería precipitado sacar de aquí una conclusión excesivamente negativa con respecto a la posibilidad de elaborar un concepto de derechos humanos. Contra quienes tachan de irracional toda teoría de los derechos humanos, ante la imposibilidad de elaborar «un concepto claro y distinto» (Robles) de los mismos, se podría argumentar que un cierto grado de imprecisión no evita que se puedan establecer conceptos, pues en otro caso habría realmente muy pocos —ni siquiera el de «Derecho»— y que, además, el de «derechos humanos» no es, como suele pensarse, un concepto vacío, sino que su denotación está, al menos en los casos centrales, bastante clara: son aquéllos reconocidos en la Declaración de la ONU y en sus desarrollos posteriores que, en una amplia medida, coinciden con los que aparecen en las Constituciones de los actuales Estados democráticos. Por otro lado, el consenso actual en el reconocimiento de los derechos humanos es un hecho cargado de significación, como lo prueba el que sólo se haya llegado a él en fecha muy reciente.

Una ideología de convergencia.

En el siglo XIX, por ejemplo, no existió en absoluto una opinión dominante al respecto. Antes hemos recogido la crítica tanto de Bentham como de Marx a los derechos humanos. A ellas podrían añadirse aquí —y hay muchos otros ejemplos que poner— la de la Iglesia católica, que mantuvo una actitud contraria hacia estos derechos (por ejemplo, se opuso a la libertad religiosa, la libertad de prensa y la igualdad jurídica, pero no a la propiedad privada) hasta la época de Juan XXIII. No puede pasarse por alto, sin embargo, que las razones de la oposición fueron diferentes en los tres supuestos: la crítica de Bentham —como vimos en su momento— era puramente metodológica, pero no ideológica, esto es, no afectaba al fondo de la cuestión. Para Marx, los derechos humanos aparecían vinculados necesariamente a una etapa histórica —la sociedad capitalista— que

era necesario superar; y, finalmente, el rechazo de la Iglesia católica tuvo mucho de añoranza del *Ancien Régime* y de negación de la modernidad. Pero lo cierto es que, en nuestros días, tanto los utilitaristas como los marxistas o los cristianos —aunque sea por motivaciones distintas— han llegado sorprendentemente a converger en la defensa de una misma ideología. Si en el pasado, los derechos humanos sirvieron para definir una cierta concepción de la ética y la política (en el siglo XIX la concepción liberal y de algunos socialistas «utópicos» que venían a ser los herederos del iusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII), a partir sobre todo de la segunda guerra mundial la situación parece haber cambiado. En otras palabras, las diferencias se han trasladado a un plano distinto y ahora conciernen a las diferentes maneras de entender y de fundamentar los derechos humanos.

El concepto de «derechos humanos» plantea una problemática bastante semejante a la del concepto de «Derecho», de manera que podemos emplear ahora para analizarlo la misma metodología que en el capítulo primero: en vez de tratar de dar una definición de «derechos humanos», nos centraremos en los problemas que plantea este concepto, procurando establecer sus relaciones con otros términos o conceptos afines: «derecho subjetivo», «Estado de Derecho» y «democracia».

Los derechos humanos entre el Derecho y la moral.

La expresión «derechos humanos» —como hemos visto que ocurría también con «Derecho»— adolece de ambigüedad, vaguedad y emotividad. Una primera ambigüedad del término deriva de que, en ocasiones, se utiliza para referirse a normas (o, mejor, a facultades derivadas de normas) que forman parte de un Derecho positivo, mientras que, en otros supuestos, el universo normativo de referencia es únicamente moral, o bien tiene un carácter difícil de precisar, en cuanto que está constituido por una combinación de elementos morales y jurídicos; un ejemplo de esta última situación lo tenemos cuando se apela a textos internacionales que reconocen ciertos derechos humanos, pero no habilitan ningún tipo de mecanismo jurídico para su protección. En definitiva, el concepto de «derechos humanos» parece estar a caballo entre el Derecho y la moral, lo cual explica que se haya podido sostener una concepción «dualista» de los mismos (Peces-Barba, 1983): los derechos humanos serán *derechos* cuando formen parte de un ordenamiento jurídico positivo; en otro caso, serán simplemente exigencias de carácter ético. Esta ambigüedad se conecta con una cierta tendencia a utilizar expre-

siones distintas para cada caso: en general, se suele hablar de «derechos fundamentales» (o bien de «derechos públicos subjetivos», «libertades públicas», etcétera) cuando se trata de facultades reconocidas en normas de un sistema de Derecho positivo, y de «derechos humanos» (o de «derechos naturales del hombre») cuando se hace abstracción de esta circunstancia.

¿Qué significa «derecho subjetivo»?

Lo que sí parece claro es que, en todas las anteriores expresiones, el acento no recae en la dimensión objetiva o normativa del Derecho (o de la moral), sino en su dimensión subjetiva: los derechos humanos serían, en principio, derechos subjetivos, es decir, facultades o capacidades de las que son titulares los individuos y los grupos. Lamentablemente —y éste es un tipo de lamentación a la que el lector de este libro ya debe de estar habituado— la noción de «derecho subjetivo» es de una complejidad considerable y difícil de precisar. Por un lado, el concepto de derecho subjetivo implica la idea de una situación jurídicamente protegida. Pero cabe pensar en grados distintos de protección. Por ejemplo, en relación con lo que solemos llamar «derechos humanos» podemos distinguir distintas situaciones: desde *derechos* que son exigibles ante un tribunal, hasta derechos simplemente «morales», pasando por situaciones intermedias que sin tener una protección jurisdiccional gozan de algún tipo de tutela jurídica o, al menos, juegan un papel importante en la interpretación del ordenamiento jurídico. Puede pensarse que atribuir uno u otro tipo de protección a un cierto tipo de situación es una cuestión contingente, dependiente de la voluntad de los edictores de las normas. Así es, en efecto, pero sólo hasta un cierto punto: el «derecho al trabajo», por ejemplo (incluido en nuestra Constitución y en la mayor parte de las Constituciones modernas), no podría haberse configurado como un derecho exigible jurisdiccionalmente por lo menos en el contexto de una organización económica y social de carácter capitalista. Por otro lado, «tener un derecho» significa, dicho en términos genéricos, ocupar una posición favorable en el marco de una relación jurídica. Pero ocurre que —como puso de manifiesto el jurista norteamericano Hohfeld a comienzos de siglo— pensar que existe un único tipo de relación jurídica es una simplificación. En su opinión, cabría hablar, al menos, de cuatro tipos de relaciones jurídicas y, por lo tanto, de otras tantas modalidades activas y sus correspondientes pasivas. En consecuencia, la idea genérica de «derecho subjetivo» se descompone en cuatro conceptos distintos, para los que Hohfeld propone tam-

bién términos diferentes: derecho subjetivo —en sentido estricto—, libertad, potestad e inmunidad, que sintéticamente cabe definir como sigue:

Derecho subjetivo, libertad, potestad e inmunidad.

1) «A tiene el *derecho* (derecho subjetivo en sentido estricto) de que B realice X, si B tiene el *deber* (frente a A) de realizar X.» Además, cabría distinguir aquí diversos supuestos según que el deber de B sea un deber negativo (derecho a no ser torturado) o positivo (derecho a recibir una educación).

2) «A tiene frente a B la *libertad* de realizar X si B *no* tiene *derecho* a exigir que A efectúe X o se abstenga de efectuar X.» Como ejemplos de esta situación pueden servir la libertad de expresión o la libertad de voto. Además, aquí es importante tener en cuenta las siguientes observaciones: *a*) La libertad puede formar parte del ejercicio de un derecho, pero no se confunde con dicho derecho: una cosa es el derecho a que los demás no me impidan expresar mis ideas políticas, y otra cosa —si se quiere, otro aspecto del mismo fenómeno— es la libertad que tengo de expresar o no tales ideas. *b*) El ejercicio de un derecho no siempre es libre: el derecho de los niños a recibir una enseñanza básica —tal y como está regulado en las Constituciones de los Estados avanzados— no implica que se tenga la libertad de recibir o no tal educación. *c*) Se puede entender que somos libres para realizar todas aquellas acciones que no estén expresamente prohibidas por el ordenamiento jurídico; ello implica presuponer la existencia de una norma tácita de clausura que establezca que lo no prohibido está permitido, y presuponer que el ejercicio de tales libertades se desarrolla en el marco de un perímetro normativo protector: somos libres de ir al cine si estamos dispuestos a pagar la entrada; podemos circular libremente siempre que respetemos las normas de tráfico, etcétera.

3) «A tiene la *potestad* (o el poder) de producir ciertos efectos jurídicos respecto a B mediante el acto X si B está *sujeto* frente a A, esto es, si la situación jurídica de B se verá afectada por los efectos del acto X.» Ejemplo de este tipo de situación es el poder de los jueces de dictar sentencias o el de los particulares de realizar testamento, de contraer matrimonio o de participar de diversas formas en la elaboración de las normas jurídicas.

4) «A tiene frente a B *inmunidad* respecto de los efectos jurídicos del posible acto X de B, si B es *incompetente* para

alterar, mediante el acto X, la situación jurídica de A.» Como ejemplo puede servir la inmunidad de que gozan los parlamentarios o los diplomáticos, o la inmunidad que se atribuye al conjunto de los ciudadanos cuando la Constitución establece, por ejemplo, que la Administración no tiene postestad para alterar el estatus jurídico de aquéllos dictando normas que coarten sus libertades básicas.

Resumen de ambigüedades.

En resumidas cuentas, la expresión «derechos humanos» o «tener un derecho humano» es considerablemente ambigua: designa conceptos distintos, según que su ámbito de referencia sea un sistema de Derecho positivo, el Derecho internacional o un ordenamiento simplemente moral, según cual sea su grado de protección (lo que a su vez está en conexión con lo anterior) y según que se trate de un derecho subjetivo en sentido estricto, de una libertad, de una potestad o de una inmunidad (o quizá de una situación compleja que sea el resultado de una cierta combinación de estas situaciones básicas).

Vaguedad intensional.

Pero además, el concepto «derechos humanos» es *vago* tanto intensional como extensionalmente. Es vago intensionalmente, porque no parece posible encontrar una serie de notas comunes a todas las situaciones antes distinguidas. En general se dice que los derechos humanos son universales —es decir, atribuibles, por lo menos idealmente, a todos los seres humanos—, inalienables, irrenunciables, oponibles frente a cualquiera, etcétera. Sin embargo, no hay que esforzarse mucho para encontrar ejemplos de derechos humanos atribuibles sólo a una clase restringida de seres (derechos de los niños, de los jubilados, de los trabajadores, de las minorías étnicas), oponibles sólo frente al Estado (derecho a recibir una educación) o frente a un órgano estatal en concreto (derecho de petición), renunciables (derecho a acudir ante los tribunales) o incluso derechos cuyos titulares no son los seres humanos (hoy se discute, por ejemplo, si se pueden atribuir derechos a ciertas especies animales) o no sólo los seres humanos vivos (derechos ecológicos). Y el concepto de «derechos humanos» es también vago extensionalmente. Antes se ha visto que en la actualidad existe un amplio consenso —incluso un consenso universal plasmado en la Declaración de la ONU y en sus desarrollos posteriores— en relación a cuáles son los derechos humanos. Pero, ciertamente, tampoco faltan los supuestos dudosos, los casos de la penumbra: ¿es la legalización del aborto un atentado contra los derechos humanos o

Vaguedad extensional.

un derecho humano de la mujer? ¿Y la eutanasia? ¿Debe configurarse la libertad religiosa como una libertad estrictamente negativa o es compatible con una actitud por parte del Estado de cooperación con ciertas religiones? ¿Implica el derecho a la subsistencia de todos los seres humanos la obligación correlativa de destinar los recursos que empleamos en gastos superfluos a cubrir aquellas otras necesidades más básicas? ¿Puede sacrificarse o limitarse el derecho a la libertad de enseñanza en aras de lograr una enseñanza básica y gratuita para todos? En realidad, la solución a este problema —es decir, delimitar de una u otra forma la denotación del concepto «derechos humanos»— depende de cuál sea la *teoría* de los derechos humanos de que se parta: de cómo se fundamentan éstos, a partir de qué valores básicos, de cómo se conciba su relación con el Estado de derecho y con la democracia, etcétera.

Emotividad.

Antes de ocuparnos de estas últimas cuestiones, conviene recordar que la expresión «derechos humanos» está también afectada de una carga emotiva tan poderosa que en muchas ocasiones el término no tiene significado descriptivo alguno. Utilizar el lenguaje de los derechos humanos es, como todos sabemos y algunos ponen en práctica, un recurso tentador para tratar de justificar cualquier tipo de situación. Por eso, si se desea evitar que los derechos humanos sean simplemente una *ideología*, en el sentido peyorativo que Marx atribuyó a esta expresión, es preciso introducir en este campo el máximo de rigor conceptual posible y extremar las precauciones para que el análisis teórico —que es lo que aquí nos interesa fundamentalmente— no se convierta en adoctrinamiento moral.

Fundamentación ética y fundamentación política de los derechos humanos.

En líneas generales, cabría hablar de dos fundamentaciones distintas de los derechos humanos: una *fundamentación ética*, cuando se considera que los derechos humanos se basan en una serie de valores últimos (por ejemplo, en los valores de dignidad, libertad y autonomía de la persona humana); y una *fundamentación política*, cuando se les considera como instrumentos aptos para lograr un cierto fin. En el primer caso, los derechos humanos aparecen como fines en sí mismos; en el segundo, como medios dependientes de un fin externo a ellos mismos. Sin embargo, la interpretación que suele hacerse del concepto «derechos humanos» obliga a descartar una fundamentación puramente política; si su valor dependiese exclusivamente de su funcionalidad política no existirían como tales (lo cual, por cierto, explica el escepticismo de Marx al respecto). Por otro lado,

Fundamentación absoluta y fundamentación relativa, histórica.

no existe tampoco una única manera de fundamentar éticamente los derechos humanos: por lo menos habría que distinguir entre teorías que tratan de encontrar un fundamento absoluto para los derechos humanos, y teorías que se contentan con una fundamentación simplemente relativa, histórica. El iusnaturalismo —en sus versiones compatibles con los derechos humanos— es el prototipo de teoría perteneciente al primer grupo. Sin embargo hay muy buenas razones para dudar de que haya tenido éxito en el empeño. Frente a la pretensión de encontrar un fundamento absoluto a los derechos humanos cabría objetar con Bobbio (1982) lo siguiente: la propia noción de derechos humanos es muy poco precisa y muchas veces tautológica, de manera que no parece tener mucho sentido atribuirles un fundamento absoluto; los derechos humanos han cambiado a medida que lo han hecho las condiciones históricas, y no parece que pueda haber un fundamento absoluto de algo histórico y mutable; los derechos humanos integran una clase heterogénea e incluso contradictoria: no pueden tener un mismo fundamento absoluto derechos incompatibles entre sí; la creencia en un fundamento absoluto no ayuda tampoco a la realización práctica de los derechos humanos. La única vía que nos queda abierta es, por tanto, la de tratar de encontrarles un fundamento histórico, relativo. Conviene aclarar, sin embargo, que reconocer que los derechos humanos sólo pueden fundamentarse en relación con un determinado momento histórico, un cierto tipo de sociedad, de relaciones económicas, etcétera, no implica renunciar a encontrar una justificación, ni tampoco aceptar que cualquier teoría ética que trate de ofrecer un fundamento de estos derechos está tan justificada (o tan poco) como cualquier otra.

¿Existe un fundamento absoluto?

La fundamentación histórica.

Un concepto histórico.

Atribuir a los derechos humanos una justificación histórica significa, por lo pronto, reconocer el carácter histórico de los mismos. Como hemos visto en un apartado anterior, postular la libertad e igualdad de todos los hombres (aunque sea en un sentido puramente formal y abstracto) sólo es posible en el contexto de la sociedad burguesa capitalista. Los derechos humanos presuponen, en efecto, las relaciones de mercado (es decir, un tipo de relaciones basadas en el intercambio de mercancías equivalentes) y la categoría del contrato (que es la forma jurídica que revisten tales intercambios). En consecuencia, en el contexto de una sociedad esclavista o feudal no puede hablarse con propiedad de «derechos humanos», aunque sí de límites jurídicos y/o éticos al poder establecido: la oración fú-

nebre atribuida a Pericles, la Carta Magna o el Código de las Siete Partidas tienen en común la pretensión de que el poder debe estar, de alguna forma, limitado, controlado. Pero elogiar la democracia ateniense no significa acabar con la contraposición esclavos-ciudadanos, y los textos medievales citados partían precisamente de la atribución de derechos distintos a los siervos de la gleba y a los hombres libres. Por ello, la categoría formal que sirvió de vehículo a los contenidos plasmados en los derechos del hombre no fue la noción medieval de «ley natural» tal como la elaboró, por ejemplo, Tomás de Aquino, sino el concepto de «derecho subjetivo» —de «derechos naturales subjetivos»— que hace su aparición al final de la Edad Media, precisamente en las obras de los rivales teóricos del tomismo (Duns Scoto y, sobre todo, Guillermo de Occam) y que pasó luego a las obras de los iusnaturalistas racionalistas de los siglos XVI a XVIII. A mi modo de ver, tratar de fundamentar en Santo Tomás una teoría de los derechos humanos constituye un intento desesperado; basta pensar que en las obras de este insigne pensador aparecen expresamente negadas las dos ideas claves de la noción moderna de derechos humanos: a la igualdad entre todos los hombres se opone la aceptación —siguiendo también en esto de cerca a Aristóteles— de la servidumbre; y a la libertad, la justificación de la persecución de los herejes.

«Ley natural» y «derecho subjetivo».

Así pues, el concepto e incluso la expresión «derechos humanos» sólo puede comprenderse si se contempla históricamente. En el momento en que surge —en el «tránsito a la modernidad»—, la expresión «derechos humanos» no es un pleonasmo (como se ha dicho a veces para justificar la introducción de una terminología distinta), sino la afirmación de los ideales humanistas de secularización e individualismo; con ella se pone de manifiesto que el destinatario de tales derechos es el hombre en cuanto *individuo* —no por su pertenencia a un determinado estamento o como miembro de la polis—, y que el hombre no es sólo el destinatario, sino el origen de los derechos: éstos son una creación *humana*, no divina. Por si se necesitara todavía alguna prueba más de la necesaria vinculación de los derechos humanos a la sociedad burguesa capitalista, bastará con recordar que las Declaraciones de derechos surgen precisamente en el contexto de las revoluciones burguesas: el *Bill of Rights* inglés de 1689 es el resultado de la revolución de 1688, la Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia (de 1776) es una primera manifestación de la guerra de independencia de las

colonias norteamericanas, y las Declaraciones de derechos del hombre y del ciudadano fueron un genuino producto de la gran Revolución francesa.

Derechos humanos y Estado de Derecho.

Ahora bien, el carácter histórico de los derechos humanos no reside únicamente en su origen, sino también en su evolución, paralela a la que han sufrido el Derecho y el Estado moderno. La relación entre los derechos humanos y el Estado de Derecho es una concreción de la relación entre Derecho y Estado de la que tratamos en el capítulo 1: por un lado, cabría decir que los derechos humanos son aquellos reconocidos en el marco de un Estado de Derecho; por otro lado, los derechos humanos funcionan como un criterio que permite identificar —y justificar— lo que es un Estado de Derecho. Así, en uno de los libros (de 1966) más influyentes en el pensamiento político español posterior a la guerra civil, E. Díaz caracterizaba al Estado de Derecho por las siguientes notas: 1) imperio de la ley, entendida ésta como la expresión de la voluntad popular; 2) división de poderes, con primacía del legislativo; 3) legalidad de la Administración; 4) garantía de los derechos y libertades fundamentales. Pero

Estado liberal y Estado social de Derecho.

el Estado de Derecho —desde su aparición a comienzos del siglo pasado— ha sufrido una evolución desde el Estado liberal, abstencionista, al Estado social, intervencionista y benefactor; y esta evolución corre paralela, como no podía ser menos, con un cambio en la concepción de los derechos humanos: en el Estado social de Derecho, los derechos humanos no son únicamente los clásicos derechos individuales, civiles y políticos, sino también los derechos sociales, económicos y culturales.

Esta nueva manera de concebir los derechos humanos comienza a advertirse ya en la Constitución francesa de 1848 y aparece consagrada definitivamente en la Constitución alemana de Weimar de 1919. Ello ha dado lugar, por otro lado, a que en las Constituciones vigentes en los Estados democráticos, las Declaraciones de derechos tengan un carácter un tanto ambiguo, como ocurre, por ejemplo, con la Constitución española de 1978. En nuestra Constitución, en efecto, cabe advertir la presencia de dos inspiraciones distintas y, a veces, contrapuestas: por un lado, una inspiración liberal que pone el acento en el primer tipo de derechos, cuya tutela sólo exigiría, en principio, una actitud abstencionista (o represivo-garantista) por parte del Estado; y por otro lado, una inspiración socialista (o socialdemócrata) que pretende, sin renunciar a los primeros, incorporar los nuevos derechos sociales, económicos y culturales, lo que exige

¿Por qué son ambiguas las Declaraciones de derechos?

la intervención activa del Estado. A veces, la contraposición se plantea como un enfrentamiento entre los valores de libertad e igualdad, lo que no parece ser del todo cierto, pues, como hemos visto antes, todo depende de cómo se interpreten estos dos valores. En fin, esta clasificación de los derechos humanos —que no es tan clara como pueda parecer a simple vista: por ejemplo, el derecho de huelga es tanto una libertad civil como un derecho social— ha sido acogida también por la ONU. Después de la Declaración universal de 1948, que trataba de ofrecer una síntesis de las dos ideologías de los vencedores en la segunda guerra mundial —la del bloque occidental y la del bloque del Este—, los textos más importantes de la organización internacional han sido los dos Pactos internacionales de 1966: uno sobre derechos civiles y políticos, y otro sobre derechos económicos, sociales y culturales. De todas formas, y como es bien sabido, la principal insuficiencia de los textos internacionales sobre derechos humanos no radica en su carácter a veces ambiguo e impreciso para que puedan ser aceptados por países ideológica, cultural y económicamente dispares, sino en la falta de una protección efectiva de los derechos reconocidos. Esta carencia sólo ha sido superada, al menos en una cierta medida, en el ámbito del Consejo de Europa, que alberga a las democracias occidentales europeas, en donde se han establecido instancias de decisión supranacionales ante las cuales pueden acudir y presentar sus reclamaciones no sólo los Estados, sino también los particulares.

El problema de la protección efectiva.

Pero el Estado social de Derecho, que es la forma de Estado vigente en las sociedades capitalistas avanzadas, dista de ser un modelo ideal de organización social. Las muchas críticas que se le han dirigido podrían sintetizarse en la siguiente: en el ámbito del Estado social de Derecho no existe una verdadera democracia, sino una democracia simplemente formal. Por eso, en el libro a que antes hemos aludido, E. Díaz establece como tercer tipo de Estado de Derecho —que, a diferencia de los dos anteriores, no se corresponde con ninguna realidad histórica— el Estado *democrático* de Derecho que él caracteriza sintéticamente como la unión del socialismo económico con la democracia social o real y en cuyo contexto los derechos humanos alcanzarían una dimensión plena y efectiva. Pero esto nos obliga a precisar qué es lo que cabe entender por democracia o, mejor aún, a distinguir dos conceptos de democracia: la formal o representativa y la real o participativa.

Estado de Derecho y democracia.

Dos conceptos de democracia.

La democracia formal o representativa.

Suele decirse que la democracia existente en los países «libres» de Occidente es una democracia formal, pues lo que la define es una serie de formas, procedimientos o reglas de juego. En síntesis, tales requisitos serían los siguientes (Bobbio, 1982): 1) el máximo órgano político —el parlamento, o el presidente en los sistemas presidencialistas— ha de ser elegido directa o indirectamente; 2) los poderes locales han de ser también elegidos según los mismos procedimientos; 3) los procedimientos de elección deben basarse en el sufragio universal; 4) el voto ha de ser libre; 5) han de permitirse alternativas reales (lo que excluye, por ejemplo, la existencia de listas únicas); 6) debe regir el principio de la mayoría con respeto para las minorías: 7) el órgano del ejecutivo debe gozar de la confianza del legislativo, o bien del jefe del ejecutivo elegido popularmente.

La democracia material o participativa.

Por el contrario, la democracia material o real haría referencia a una serie de fines o de contenidos. En este segundo sentido, la democracia exigiría, como antes hemos visto, un reparto igualitario del poder, pero no sólo del poder político, sino también del poder económico y social; en definitiva, la democracia real sólo se lograría con la consecución de una igualdad social y económica efectiva y con una participación directa de los individuos y de los grupos en la dirección de todos los asuntos públicos.

El problema que se plantea ahora es el de establecer hasta qué punto la democracia formal es o no un medio adecuado para aproximarse al modelo de democracia real. Sintetizando y simplificando la amplia y a menudo confusa discusión al respecto, podría decirse que la relación entre la democracia formal y la material es la siguiente: la primera es una condición necesaria pero no suficiente para la segunda. Por otro lado, conviene aclarar también que si la democracia real es una utopía (en el mejor sentido de esta expresión, que designa la representación de un estado de cosas aún inexistentes, pero que no trata de enmascarar la realidad, sino de cambiarla en un sentido progresivo: la utopía vendría a ser así lo contrario de la ideología), la democracia formal y representativa es, allí donde se establece, una realidad cuya fecha de nacimiento es mucho más reciente de lo que a veces se supone. En sus orígenes, el Estado liberal no fue democrático, sino que se hizo democrático en el proceso de una evolución lenta y no exenta de retrocesos. Por ejemplo, el sufragio universal (incluyendo la participación de las mujeres) es una conquista de nuestro siglo.

De nuevo sobre la fundamentación de los derechos humanos.

Ahora, y para finalizar, debemos volver de nuevo al problema de la fundamentación de los derechos humanos, que es la cuestión que inicialmente nos habíamos planteado. De lo que hemos dicho hasta ahora se desprenden, sobre todo, dos enseñanzas negativas que interesa destacar. La primera es que aunque la teoría que sirvió de marco en sus orígenes a los derechos humanos fue el iusnaturalismo —o, mejor dicho, un tipo particular de éste— hoy no parece que pueda sostenerse ya una fundamentación iusnaturalista de aquéllos. El principal inconveniente de tal concepción sería su incapacidad para dar cuenta del carácter histórico de los derechos humanos. La segunda enseñanza es que si bien los derechos humanos surgieron en una determinada época histórica, ello no quiere decir que se agoten, como supuso cierta interpretación del marxismo, en ese marco histórico. Los derechos humanos no son exclusivamente *derechos de la sociedad burguesa.* Lo insatisfactorio, en el primer caso, es una concepción abstracta y ahistórica del hombre y de la sociedad; en el segundo caso, una concepción de la historia cerrada, clausurada, cuyo final se pretende conocer anticipadamente. Por otro lado, las enseñanzas negativas marcan también ciertos límites, dentro de los cuales puede moverse la investigación sobre los fundamentos de los derechos humanos, aunque no nos permitan elegir entre una u otra de las concepciones éticas que se mantienen dentro de estos límites. Podría decirse que este último es un problema *abierto,* que no puede quedar sin respuesta —por eso es un problema— aunque sepamos que cualquier respuesta es provisional y no definitiva. Examinemos ahora dos de estas posibles respuestas.

Una fundamentación liberal.

Carlos Nino (1985) ha sugerido recientemente una fundamentación de los derechos humanos de inspiración kantiana y liberal, pero de un liberalismo progresista que no cabe confundir con las corrientes «neoliberales» contemporáneas. En su opinión, el fundamento de los derechos humanos (que él interpreta como derechos individuales) puede encontrarse en los tres siguientes principios o, más exactamente, en cierta combinación de ellos, y que son: 1) el principio de la inviolabilidad de la persona humana que prohíbe que se puedan imponer cargas o sacrificios a ciertos individuos sin contar con su consentimiento efectivo y sobre la base de que redundan en beneficio de la mayoría de la población; 2) el principio de la autonomía de la persona humana, que prescribe al Estado permanecer neutral respecto a los planes de vida individuales e ideales de excelencia humana y li-

mitarse a facilitar la persecución de dichos planes e impedir la interferencia mutua en el curso de la misma; 3) el principio de la dignidad de la persona humana, según el cual debemos juzgar y tratar a las personas de acuerdo con sus acciones voluntarias y no según otras propiedades y circunstancias como su raza, su sexo, sus creencias, etcétera.

Una fundamentación socialista.

Frente a esta concepción y fundamentación individualista de los derechos humanos cabría oponer otra de cuño comunitario y cuya inspiración provendría más bien de la tradición socialista y marxista. Sus principios básicos serían los siguientes: 1) el principio de las necesidades básicas, según el cual todos los seres humanos tienen ciertas necesidades elementales (por ejemplo, la de alimentarse) que gozan de prioridad frente a las necesidades, que no sean básicas, de los otros seres humanos; 2) el principio de la cooperación, según el cual el desarrollo máximo y deseable del ser humano exige una cooperación activa por parte de los demás y, en particular, por parte de las instituciones sociales (estatales o no); 3) el principio de solidaridad, que establece que cualquier ser humano sólo tiene derecho a un grado de desarrollo y goce de bienes que no imposibilite a los demás alcanzar un grado de desarrollo equivalente.

Ambas formulaciones tienen en común el carácter impreciso y abierto de sus principios, lo que permite que puedan contemplarse como concepciones no tanto antitéticas cuanto diferentes. Muchos de los posibles derechos humanos podrían encontrar una justificación en ambas concepciones; otros solamente la encontrarían en alguna de las dos, y, finalmente, no cabe excluir del todo la posibilidad de que exista un tercer grupo que quede al margen de ambas concepciones.

Bibliografía

ARISTÓTELES: *Ética a Nicómaco* (ed. bilingüe, trad. de M. Araujo y J. Marías; introducción y notas de J. Marías). Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1959.

— *La gran moral. Moral a Eudemo.* Trad. de P. de Azcárate. Madrid, Espasa-Calpe, 1979[5].

ATIENZA, M.: *Marx y los derechos humanos.* Madrid, Mezquita, 1983. El apartado 8 es una síntesis de este trabajo.

BALLESTEROS, J., J. LUCAS y otros: *Ética y política en la sociedad democrática*. Madrid, Espasa-Calpe, 1980.

BARRY, B.: *The liberal theory of justice*. Oxford, Oxford University Press, 1973.

BENTHAM, J.: *Tratados de legislación civil y penal* (ed. preparada por M. Rodríguez Gil). Madrid, Editora Nacional, 1981.

— *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (ed. de J. H. Burns y H. L. A. Hart). Londres-Nueva York, Methuen, 1982.

BERLIN, I.: «Dos conceptos de libertad», en A. Quinton: *Filosofía política* (trad. E. L. Suárez). México-Madrid-Buenos Aires, F.C.E., 1974.

BOBBIO, N.: «Eguaglianza e libertà degli uomini», en *Diritti dell'Uomo e Nazioni Unite*. Padua, Cedam, 1963.

— «Kant e le due libertà», en *Da Hobbes a Marx*. Nápoles, Morano, 1965.

— «Algunos argumentos contra el Derecho natural», en el vol. colectivo *Crítica del Derecho natural* (trad. e introducción de E. Díaz). Madrid, Taurus, 1966.

— «Presente y porvenir de los derechos humanos», en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 1. Madrid, Universidad Complutense, 1982.

— Voz «democracia», en *Diccionario de política* (1982), *ob. cit.*

CAMPS, V.: *La imaginación ética*. Barcelona, Seix Barral, 1983.

CAPELLA, J. R.: «Sobre la justicia», en *Materiales para una Crítica de la Filosofía del Estado*. Barcelona, Fontanella, 1976.

CARRIT, E. F.: «La libertad y la igualdad», en A. Quinton: *Filosofía política*. México-Madrid-Buenos Aires, F.C.E., 1974.

CERRONI, U.: *La libertad de los modernos* (trad. R. de la Iglesia). Barcelona, Martínez Roca, 1972.

DELGADO PINTO, J.: *De nuevo sobre el problema del Derecho natural*. Universidad de Salamanca, 1982.

DÍAZ, E.: *Sociología y filosofía del Derecho* (1971), *ob. cit.*

— *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*. Madrid, Civitas, 1978.

— *Estado de Derecho y sociedad democrática* (1966). Madrid, Taurus, 1981[8].

— *De la maldad estatal y la soberanía popular*. Madrid, Debate, 1984.

FARRELL, M. D.: *Utilitarismo: Ética y Política*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983.

FASSÓ, G.: *Historia de la Filosofía del Derecho* (trad. F. J. Lorca). Madrid, Pirámide, 1978.

FERRATER MORA, J.: voz «libertad», en *Diccionario de filosofía.* Madrid, Alianza Editorial, 1979.

FRONDIZI, R.: *¿Qué son los valores?* México, F.C.E., 1972³.

GARZÓN VALDÉS, E.: *Derecho y «naturaleza de las cosas». Análisis de una nueva versión del derecho natural en el pensamiento jurídico alemán contemporáneo* (2 tomos). Córdoba (Argentina), Universidad Nacional de Córdoba, 1970.

GONZÁLEZ VICÉN, F.: «La obediencia al Derecho», en *Estudios de Filosofía del Derecho* (1979), *ob. cit.*

— *De Kant a Marx (Estudios de Historia de las ideas).* Valencia, Fernando Torres, 1984.

HARE, R. M.: «Rawls' theory of justice», en *Reading Rawls. Critical Studies of A Theory of Justice* (ed. de N. Daniels). Oxford, Basil Blackwell, 1975.

HART, H.: *El concepto de Derecho* (1963), *ob. cit.*

— «Rawls on liberty and its priority», en *Reading Rawls. Critical Studies of A Theory of Justice* (ed. de N. Daniels). Oxford, Basil Blackwell, 1975.

— «Utilitarismo y derechos naturales», en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 1. Madrid, Universidad Complutense, 1982.

HEGEL, G. W. F.: *Principios de Filosofía del Derecho* (trad. J. L. Vermal). Buenos Aires, Sudamericana, 1975.

HELLER, A.: *Teoría de las necesidades en Marx* (trad. J. F. Ivars, prólogo, P. A. Rovatti). Barcelona, 1978.

HOHFELD, W. N.: *Conceptos jurídicos fundamentales* (trad. y nota preliminar de G. R. Carrió). Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1968.

KANT, I.: *Crítica de la razón práctica* (trad. E. Miñana y M. García Morente). Madrid, Espasa-Calpe, 1975.

— *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres* (trad. M. García Morente). Madrid, Espasa-Calpe, 1973⁴.

— *Introducción a la teoría del Derecho* (introducción y traducción de F. González Vicén). Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1978.

KELSEN, H.: «Justicia y Derecho natural», en el vol. colectivo *Crítica del Derecho natural* (trad. e introducción E. Díaz). Madrid, Taurus, 1966.

— *Teoría pura del Derecho* (1979), *ob. cit.*

— *Qué es justicia* (estudio preliminar de A. Calsamiglia). Barce-

lona, Ariel, 1982. Existe otra traducción castellana anterior de E. Garzón Valdés, en Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 1956.

KRISTOL, I.: voz «igualdad como un ideal», en *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*. Madrid, Aguilar, 1974.

LAPORTA, F.: «Sobre el uso del término "libertad" en el lenguaje jurídico», en *Sistema*, núm. 52. Madrid, 1983.

LÓPEZ CALERA, N. M.: *Introducción al estudio del Derecho*. Granada, Ed. Don Quijote, 1981.

LUMIA, G.: *Principios de teoría e ideología del Derecho* (trad. cast. de A. Ruiz Miguel). Madrid, Debate, 1978. Hay una nueva ed. italiana —aumentada— de 1981 (*Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*, Milán, Giuffrè).

MARTINO, A. A.: «La valoración», en *Temas para una filosofía jurídica*. Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y ciencias sociales, 1974.

MARX, K.: *En defensa de la libertad. Los artículos de la Gaceta Renana* (1842-1843) (ed. de J. L. Vermal, introducción de J. L. Vermal y M. Atienza). Valencia, Fernando Torres, 1983.

— *Crítica de la filosofía del Estado de Hegel* (1843). Barcelona, Grijalbo, 1974.

— «La cuestión judía» (1844), en K. Marx-A. Ruge: *Los anales franco-alemanes*. Barcelona, Martínez Roca, 1970.

— «Contribución a la Crítica de la filosofía del Derecho de Hegel», en K. Marx-A. Ruge: *Los anales franco-alemanes*, *ob. cit.*

— *Manuscritos: economía y filosofía* (1844) (trad., introducción y notas de F. Rubio Llorente). Madrid, Alianza Editorial, 1968.

— (y Engels): *La ideología alemana* (1845-1846), *ob. cit.*

— (y Engels): «Manifiesto del Partido Comunista» (1848), en K. Marx-F. Engels: *Obras escogidas*, *ob. cit.*

— «El 18 Brumario de Luis Bonaparte» (1852), en K. Marx-F. Engels: *Obras escogidas*, *ob. cit.*

— *Elementos fundamentales para la Crítica de la Economía política (Grundrisse)* (1857-1858) (ed. de P. Scaron). Madrid, Siglo XXI, 1976[5].

— *El Capital*, libro I (1867), *ob. cit.*

— «La guerra civil en Francia» (1871), en K. Marx-F. Engels: *Obras escogidas*, *ob. cit.*

— «Crítica del Programa de Gotha» (1875), en K. Marx-F. Engels: *Obras escogidas*, *ob. cit.*

MUGUERZA, J.: *La razón sin esperanza*. Madrid, Taurus, 1977.

NIETZSCHE, F.: *Así habló Zaratustra. Un libro para todos y para nadie* (introducción, traducción y notas de A. Sánchez Pascual). Madrid, Alianza Editorial, 1973.

NINO, C. S.: *Introducción al análisis del Derecho* (1980), *ob. cit.*

— *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires-Barcelona-México, Paidos, 1984.

NOZICK, R.: *Anarchy, State and Utopia*. Oxford, Basil Blackwell, 1974.

OPPENHEIM, F.: voz «libertad», en *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales, ob. cit.*

— Voz «igualdad», en *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales, ob. cit.*

— *Dimensioni della libertà* (trad. italiana de A. Pasquinelli y R. Rossini, prefacio de G. Preti). Milán, Feltrinelli, 1982².

PAŠUKANIS, E. B.: *Teoría general del Derecho y marxismo, ob. cit.*

PECES-BARBA, G.: *Derechos fundamentales*. Universidad Complutense de Madrid, 1983⁴.

— *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*. Madrid, Mezquita, 1982.

— *Los valores superiores*. Madrid, Tecnos, 1984.

PERELMAN, CH.: *De la justicia* (trad. de R. Guerra). México, UNAM, 1964.

— «La idea de justicia en sus relaciones con la moral, el Derecho y la filosofía», en el vol. colectivo *Crítica del Derecho natural* (trad. e introducción de E. Díaz). Madrid, Taurus, 1966.

PÉREZ LUÑO, A. E.: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid, Tecnos, 1984.

— *Los derechos fundamentales*. Madrid, Tecnos, 1984.

RABOSSI, E.: *Estudios éticos. Cuestiones conceptuales y metodológicas*. Universidad de Carabobo, Venezuela, 1971.

— *La filosofía analítica y la actividad filosófica*. Instituto de lógica y filosofía de la ciencia, Universidad de La Plata, 1973.

— *La justificación moral del castigo*. Buenos Aires, Astrea, 1976.

RADBRUCH, G.: *Filosofía del Derecho*. Madrid, Revista de Derecho privado, 1959.

RAWLS, J.: *Teoría de la justicia* (trad. de M. D. González). Madrid, F.C.E., 1979.

RECASENS SICHES, L.: *Vida humana, sociedad y Derecho*. México, F.C.E., 1945².

ROBLES, G.: *Epistemología y Derecho*. Madrid, Pirámide, 1982.

RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M.: *Historia del pensamiento jurídico.* Madrid, Universidad Complutense, 1984, 5.ª ed. ampliada.

ROSS, A.: *Sobre el Derecho y la justicia* (1963), *ob. cit.*

— *Lógica de las normas* (trad. J. Hierro, S.-P.). Madrid, Tecnos, 1971.

ROUSSEAU, J.-J.: *El contrato social* (trad. C. Bergés; introd. A. Rodríguez Huéscar). Madrid, Aguilar, 1969.

RUIZ MIGUEL, A.: «Sobre los conceptos de la libertad», en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 2. Madrid, Universidad Complutense, 1983.

SHAKANKIRI, M. EL: «J. Bentham: Critique des droits de l'homme», en *Archives de Philosophie du Droit*, t. IX, 1964. La exposición de la crítica de Bentham al iusnaturalismo es, esencialmente, una síntesis de este trabajo.

SMART, J. C.: «Utilitarismo extremo y restringido», en Ph. Foot: *Teorías sobre la ética* (trad. M. Arbolí). México, F.C.E., 1974.

TROTSKI, L.: *Su moral y la nuestra.* Buenos Aires, Núcleo, 1970.

TRUYOL Y SERRA, A.: *Los derechos humanos. Declaraciones y convenios internacionales.* Madrid, Tecnos, 1968.

VARIOS AUTORES: *Política y derechos humanos.* Valencia, Fernando Torres, 1976.

VILLEY, M.: *Compendio de filosofía del Derecho* (trad. L. Horno). Pamplona, Eunsa, 1981.

WOLFF, R. P.: *Understanding Rawls. A reconstruction and critique of A Theory of Justice.* Nueva Jersey, Princeton University Press, 1977.

ZAPATERO, V.: *Socialismo y ética: Textos para un debate.* Madrid-Bogotá, Debate-Pluma, 1980.

ZOLO, D.: *La teoria comunista dell'estinzione dello Stato.* Bari, De Donato, 1974.

4. LA CIENCIA DEL DERECHO

4.1. Origen y desarrollo histórico de la jurisprudencia europea

Derecho y ciencia del Derecho.

Como recordará el lector de este libro, la distinción entre *normas* y *proposiciones normativas* que introdujimos en el capítulo primero debería permitirnos separar el Derecho del saber acerca del Derecho o ciencia jurídica. Al final de este capítulo, el mismo lector advertirá que, después de todo, la distinción no es excesivamente clara o, por lo menos, que no implica que el Derecho y la llamada «ciencia» del Derecho constituyan esferas de fenómenos claramente distinguibles entre sí. Esto es algo que tiene una gran importancia en nuestro campo y puede explicarse con cierta facilidad, pero que el lector no se haga la ilusión de haber llegado ya al final del capítulo. Pensemos, por ejemplo, en que es muy difícil confundir una reacción química con la fórmula de la ciencia química que la describe, el comportamiento de los animales con los libros de etología o los acontecimientos históricos con las descripciones y explicaciones que de los mismos dan los historiadores. Pero esta distinción de niveles no es tan fácil de establecer en otros campos: la reflexión sobre la literatura puede seguir siendo literatura, como saben todos los lectores de Borges, los libros de filosofía consisten muchas veces en comentarios sobre textos filosóficos, y los libros de ciencia jurídica pueden constituir, en algún sentido, Derecho vigente. Para poner un ejemplo famoso de esto último, las «Instituciones» —una de las partes en que se dividía el *Corpus iuris civilis* de Justiniano— era una obra didáctica escrita para facilitar el aprendizaje del Derecho, pero fue promulgada como ley. Es decir, que al mismo tiempo que ciencia del Derecho, era Derecho vigente.

Por otro lado, ésta no es la única peculiaridad del saber acerca del Derecho que suele denominarse «ciencia jurídica», «doctrina jurídica», «dogmática jurídica», «jurisprudencia» y de algunas otras formas. A diferencia de otros saberes jurídicos de los que en su momento trataremos —por ejemplo, la filosofía del Derecho, la teoría general del Derecho o la sociología jurídica—, el objeto de estudio del saber jurídico tradicional es un Derecho vigente en un determinado lugar y momento histórico. Y como los límites en los que rige un mismo Derecho positivo tienden a coincidir —al menos, desde la época moderna— con las fronteras de las naciones, la ciencia del Derecho ha sido y es una ciencia acusadamente *nacional*. Los dogmáticos no escriben libros de Derecho penal, de Derecho laboral o de Derecho administrativo, sino tratados de Derecho penal *alemán*, de Derecho laboral *italiano* o de Derecho administrativo *español*. La ciencia del Derecho no puede dejar de reflejar el carácter plural y diverso de su objeto.

Una ciencia nacional.

Ahora bien, la pluralidad de los Derechos positivos no impide que éstos se puedan agrupar en diversas familias o sistemas: se habla, por ejemplo, del sistema continental o romano-germánico, del sistema del *common law*, del sistema socialista (que sería, realmente, un subsistema del primero) o de los sistemas religiosos (como el Derecho musulmán o los Derechos del Extremo Oriente). Los dos primeros han tenido su origen en Europa y luego se han extendido por otras partes del mundo; el romano-germánico, por ejemplo, por todos los países de América latina, y el segundo por los Estados Unidos de América, gran parte del Canadá, Australia y la India. Y aunque la evolución histórica del *civil law* y del *common law* haya transcurrido por cauces separados, en ambos casos han dado lugar a elaboraciones doctrinales de parecido nivel y que presentan características diferentes con respecto a otros saberes jurídicos nacidos en el marco de otros sistemas jurídicos. Por ejemplo, en el caso del Derecho del Islam, la existencia de un texto sagrado, el Corán, que sigue considerándose la fuente última tanto del Derecho como de la moral o la religión, ha llevado a la construcción de una ciencia jurídica que aún hoy permanece estrechamente ligada a la teología, lo que no es el caso del Derecho y de la ciencia del Derecho de origen europeo. Y, por otro lado, al partir de un texto no susceptible de modificaciones (frente a los sistemas de Derecho positivo evolucionados que incluyen normas para cambiar el resto de las normas del siste-

Jurisprudencia y sistemas jurídicos.

ma), la ciencia jurídica islámica se ha servido de instrumentos y técnicas que no siempre son parangonables con las de la moderna jurisprudencia europea.

Origen de la jurisprudencia europea: la jurisprudencia romana.

En definitiva, por ciencia del Derecho (y más adelante veremos hasta qué punto es adecuado en este caso utilizar la palabra «ciencia») entenderemos, a partir de ahora, la ciencia del Derecho europea, cuyo origen —según opinión unánime— está en la jurisprudencia romana. Ésta, por cierto, es una opinión que no debe pasarse por alto. Mientras que muchas otras tradiciones culturales europeas (por ejemplo, la escultura, la literatura o la filosofía) suelen remontarse a la Grecia clásica, en el caso de la jurisprudencia el punto de partida es Roma. ¿Cuál es la razón de ello? Desde luego, los griegos poseyeron un Derecho, llevaron a cabo importantes obras de legislación (como la de Solón en Atenas) y escribieron tratados de filosofía del Derecho de valor duradero... pero no conocieron la figura del *jurista*, del profesional del Derecho. Quienes desempeñaban las funciones jurídicas (de jueces, abogados, legisladores, etcétera), tanto en Grecia como en los otros pueblos de la Antigüedad, no poseían una especial preparación jurídica, sino que eran hombres políticos, expertos en retórica, miembros de las clases superiores... La figura del jurista es una creación original de Roma, pero el jurista romano —por lo menos en el período de máximo desarrollo de la jurisprudencia— no era un operador del Derecho (juez, abogado, notario), sino quien poseía y elaboraba los conocimientos técnicos necesarios para la realización práctica del Derecho.

Aunque la jurisprudencia romana llega a su madurez en el último siglo de la República, puede hablarse de actividad jurisprudencial con anterioridad a esta fecha. C. A. Cannata, autor de una historia de la jurisprudencia europea de la que aquí hago un amplio uso, distingue los siguientes períodos: 1) la jurisprudencia arcaica, que se desarrolla entre el siglo VIII y el final del III aC; 2) la jurisprudencia preclásica, que antecede a la época del Imperio; 3) la jurisprudencia clásica, que va desde el siglo I hasta mediados del III dC, y 4) la jurisprudencia posclásica, que puede centrarse en la época de Justiniano.

La jurisprudencia arcaica.

La aparición por vez primera de un texto legal escrito (lo que ocurre a mediados del siglo V aC con las XII Tablas) supuso un paso fundamental para el desarrollo de la jurisprudencia en Roma. A partir de este momento, los juristas dispusieron de un objeto de estudio bien delimitado que era preciso interpre-

tar y desarrollar. Sin embargo, parece que incluso con anterioridad a esta fecha, en la época de los siete reyes, puede hablarse de jurisprudencia, esto es, de una actividad técnica dirigida a operar en el sistema jurídico soluciones que en otro caso no serían posibles. He aquí la situación existente. El rey tenía competencia para solucionar las controversias de que tuviese conocimiento, pero las partes no podían pedirle su intervención. Entonces, los juristas idearon un ceremonial consistente en reproducir ante el rey, mediante una ficción, lo que había ocurrido de hecho, induciéndole de esta manera a ejercer su poder jurisdiccional. Este ejemplo de técnica jurídica rudimentaria nos permite comprender dos aspectos de interés: en primer lugar, que la existencia de un Derecho positivo no implica necesariamente la existencia de un saber jurisprudencial, de una ciencia jurídica; en segundo lugar, que la jurisprudencia, la dogmática jurídica, es un mecanismo que permite potenciar las posibilidades del sistema jurídico. Como ha escrito recientemente Luhmann, la dogmática es una manera de aumentar (y no de restringir) la libertad en relación con un determinado material normativo. Al final del capítulo volveremos de nuevo sobre estas ideas.

Otro aspecto importante a tener en cuenta es que hasta fines del siglo IV aC, la jurisprudencia romana fue una jurisprudencia pontifical; los expertos en Derecho eran los sacerdotes, y las cuestiones jurídicas permanecían estrechamente conectadas con las religiosas. Sin embargo, a partir de esta fecha la situación se alterará profundamente, como consecuencia de la aparición en número cada vez mayor de juristas laicos, esto es, de juristas que ejercían su profesión en nombre propio y no por su condición de miembros de un colegio pontifical. Hacia finales del siglo III, el *ius civile* estaba ya en su totalidad en manos de los juristas laicos, aunque éste no era el caso del Derecho público y del Derecho sagrado. El *ius civile* consistía, entonces, fundamentalmente, en los preceptos de las XII Tablas y en las interpretaciones de tales preceptos llevadas a cabo por la jurisprudencia. La función de los jurisprudentes radicaba en dar respuestas sobre la base de las leyes y las reglas jurídicas confeccionadas mediante la *interpretatio*.

La jurisprudencia preclásica.

Hacia mediados del siglo II aC nos encontramos ya con una jurisprudencia romana madura. A ello contribuyó, además de determinados cambios en el procedimiento jurídico, la aparición del *ius honorarium*, es decir, de un Derecho cuya fuente no era

ya una ley fija como en el caso del *ius civile*, sino el edicto que el pretor fijaba anualmente y que los juristas no sólo interpretaban, sino que contribuían a establecer y modificar. Además, la jurisprudencia romana tomó entonces de la cultura helenística el método dialéctico, un método que consistía, en esencia, en la división del objeto a estudiar en géneros y especies. A principios del siglo I aC, Q. Mucio Scevola escribe el primer manual de Derecho civil que puede considerarse también como la primera obra escrita de la jurisprudencia romana. Finalmente, en este período, que incluye los últimos ciento cincuenta años de la República, los juristas gozaron de una enorme autoridad basada exclusivamente en su capacidad profesional.

La jurisprudencia clásica.

La jurisprudencia clásica comprende desde el advenimiento de Augusto hasta la muerte de Alejandro Severo (235 dC). La característica fundamental de este período, considerado aún hoy como una especie de «edad de oro» de la ciencia jurídica, es el análisis casuístico llevado a cabo por los juristas. Su actividad fundamental consistía en la elaboración de respuestas, de soluciones, a los casos que les planteaban los particulares y que tenían fuerza vinculante para los jueces. Pero ahora no ya como consecuencia de su propia autoridad, sino de la autoridad que concedía el príncipe a los juristas más destacados *(ius respondendi ex auctoritate principis)*. En esta época, hasta la fuente de origen imperial más importante, las constituciones, tenía un carácter casuístico. No se trataba de normas generales y abstractas (leyes), sino de sentencias y respuestas del emperador, cuyos autores, por otro lado, eran los propios juristas al servicio de la administración imperial. Durante estos dos siglos y medio, se produjo una abundante literatura jurídica en la que cabe destacar la llamada «literatura problemática», que incluye tanto las publicaciones de respuestas dadas por los juristas a los casos propuestos por las partes, como las «cuestiones» planteadas con fines didácticos o de investigación. Es muy interesante resaltar que en esta época de máximo desarrollo de la jurisprudencia no existieron propiamente escuelas de Derecho. El número de juristas fue siempre muy escaso, y su formación tenía lugar a partir del contacto personal entre maestros y discípulos. Lo que sí existió fue un método común que aseguraba la realización de una obra teórica y práctica homogénea. Debido al acusado carácter jurisprudencial del Derecho romano en esta época —la legislación, como se ha dicho, era sumamente escasa— se estableció la práctica de la *recitatio*, esto es, la recitación en el

juicio, por las partes y los abogados, de las obras de los juristas y de las constituciones imperiales que tenían carácter vinculante para el juez en relación con los casos para los que habían sido emitidas y que valían como precedente para los casos análogos. Como luego veremos, la situación era, en cierto modo, la inversa de la que caracterizará a la jurisprudencia de la época siguiente y a la ciencia jurídica moderna: la fuente de autoridad no lo serán ya los juristas, sino las leyes; el Derecho se configurará como algo previo a la labor del dogmático.

La jurisprudencia posclásica.

Desde mediados del siglo III hasta comienzos del IV se desarrolla una primera jurisprudencia posclásica que se caracteriza por la desaparición de los grandes juristas (el último de ellos, Modestino, muere precisamente hacia mediados del siglo III) y, en general, por la decadencia de los estudios jurídicos. El interés por las obras de la jurisprudencia clásica es una constante en todo este tiempo, pero su conocimiento y manejo tiene lugar a través de obras divulgativas y de síntesis que no siempre son fieles a los originales. En este contexto, cobraron gran importancia las obras de Gayo, jurisconsulto de segunda fila, pero cuyos esquemas clasificatorios (especialmente los de sus *Instituciones*) tuvieron una influencia extraordinaria en la historia de la jurisprudencia europea continental.

Durante los siglos IV y V dC, la cultura jurídica adquiere rasgos distintos en los dos imperios de Oriente y Occidente. En Oriente, la existencia de auténticas escuelas de Derecho aseguró una continuidad en el conocimiento de las obras de la jurisprudencia clásica, aunque no hubo continuidad en la producción de grandes obras científicas. En Occidente se produjo, por el contrario, una vulgarización del Derecho (frente al clasicismo oriental) consistente en una simplificación de los textos y de las técnicas jurisprudenciales. Esta dualidad de situaciones se refleja en la Ley de Citas (del año 426 dC), en la que se establecía una regla general adaptada a la situación de Occidente por la que sólo podían citarse en juicio las obras de Papiniano, Paulo, Gayo, Ulpiano y Modestino, con una excepción que atendía a los intereses de Oriente: se podían citar también las obras de otros juristas, pero siempre que aparecieran mencionadas en las obras de los otros cinco (lo cual suponía, en definitiva, una posibilidad de ampliación de las fuentes). En todo caso, la concepción del Derecho en esta época (lo que es válido tanto para Occidente como para Oriente) varía con respecto a la etapa anterior. El cambio estriba, fundamentalmente,

en el paso de una concepción jurisprudencial del Derecho (que consiste en ver al Derecho como un sistema de soluciones justas dadas en cada momento y que en buena medida son un producto de la actividad de los juristas) a una concepción legislativa (el Derecho está contenido en una serie de textos escritos que constituyen un *a priori* para el jurista).

La recopilación de Justiniano.

A mediados del siglo VI, en el imperio bizantino, se lleva a cabo la gran obra codificadora de Justiniano, compuesta por el *Código*, que era una recopilación de las *leyes* vigentes; el *Digesto*, o *Pandectas*, que recogía las obras de la jurisprudencia; las *Instituciones*, elaboradas sobre el modelo de Gayo y que, como hemos dicho, era una obra didáctica escrita para facilitar el aprendizaje del Derecho; y las *Novelas*, consistentes en la recopilación de las leyes emanadas después del Código. El descubrimiento del *Corpus iuris* (así se llamó después al conjunto de la recopilación) al final de la Alta Edad Media, lo que fue posible, en gran medida, por la obra de conservación de la cultura desarrollada por la Iglesia de Roma, fue el hecho determinante de la aparición de una jurisprudencia europea a partir del siglo XI.

Los glosadores.

En efecto, desde finales del siglo XI y hasta el XIII se desarrolló en Italia la escuela de Bolonia o de los glosadores, que es uno de los primeros o, quizás, el primer producto cultural de la burguesía. El nombre de «glosadores» deriva del método característico de la escuela: la glosa. Los juristas boloñeses, siguiendo una actitud común de la época, partieron en sus elaboraciones de un texto considerado sagrado (el *Corpus iuris* y, en particular, el *Digesto*) y que, por tanto, proporcionaba un principio de autoridad indiscutible: el Derecho romano transmitido por Justiniano será considerado desde entonces como la *ratio scripta*. Kantorowicz ha mostrado el paralelismo existente entre la medicina escolástica, volcada al comentario de las obras de los médicos de la Antigüedad y que se desarrollaba de espaldas a la realidad, y la jurisprudencia de los glosadores, centrada en la interpretación de los textos de Justiniano. La glosa, en efecto, era un método esencialmente formal que trataba, ante todo, de clarificar el significado de los textos permaneciendo ligado al valor de los *verba* (Mortari). En definitiva, la mentalidad *dogmática* de los juristas medievales contrastaba abiertamente con la actitud del jurista clásico romano: en la época clásica, la única autoridad reconocida era la de los juristas que se caracterizaba, además, por no ser indiscutible, pues

a la opinion de un jurista siempre cabía oponer la de otro. No conviene, sin embargo, infravalorar la obra de los glosadores, que no sólo restituyeron a Europa los textos del Derecho romano, sino que crearon, para su estudio, una serie de procedimientos intelectuales de una importancia fundamental en el desarrollo posterior de la jurisprudencia. Los glosadores establecieron distinciones, formaron reglas generales, plantearon cuestiones y elaboraron tratados y sumas; en definitiva, crearon una metodología para el análisis y síntesis de los textos jurídicos. Por otro lado, el método de los glosadores se adoptó también en el estudio del Derecho canónico y dio lugar, a partir del siglo XII, a una escuela de decretistas que influyó de diversas maneras en el Derecho civil.

Los prácticos o comentadores.

A comienzos del siglo XIV surgió en Italia una nueva dirección jurisprudencial: la escuela de los prácticos o de los comentadores (que también se denomina a veces, de manera inexacta, de los posglosadores). El movimiento obedece a la renovación cultural que había comenzado a sentirse en Europa desde finales del siglo XIII. En el campo de los estudios jurídicos, el conocimiento del Derecho romano, recibido a través de los glosadores, se utilizará para elaborar una metodología de la aplicación del Derecho que resultara válida no sólo para las fuentes romanas, sino también para cualquier sistema jurídico. En relación con los glosadores, los comentaristas partieron de una actitud mucho más crítica y libre con respecto a las fuentes: el Derecho romano siguió siendo considerado como la *ratio scripta*, pero ahora se plantea también la necesidad de reelaborarlo y desarrollarlo a fin de construir una ciencia racional. Además, los comentadores entenderán la labor jurisprudencial como una técnica para la solución de los casos prácticos y harán del conocimiento especializado de las fuentes romanas no una parte del bagaje cultural de un jurista (como en el caso de los glosadores), sino el instrumento profesional del jurista. De hecho, ellos fueron los creadores de nuevas ramas del Derecho, como el Derecho internacional privado o la teoría general del Derecho penal.

El humanismo jurídico.

En los comienzos de la modernidad, las corrientes humanistas no dejaron de influir tampoco en los estudios jurídicos. En Italia, el humanismo adoptó una actitud polémica frente al proceder de los comentadores. Éstos, al igual que los glosadores, se basaban en el Derecho romano justinianeo, mientras que los humanistas deseaban reconstruir el antiguo Derecho roma-

no en sus formas puras. Pero en Francia los humanistas crearon un método histórico-sistemático, el llamado *mos gallicus*, que enlazaba con la escuela de los ultramontanos; durante los siglos XII y XIII, esta última escuela había desarrollado, en la Francia centro-meridional, una dirección de pensamiento jurídico que, aun manteniendo conexiones con la escuela de Bolonia, se caracterizaba por su mayor tendencia a la sistematicidad. En los siglos XIV y XV aparece, pues, una contraposición entre los seguidores del *mos gallicus*, que trataban de construir una ciencia jurídica sistemática de base histórica y filológica, y los partidarios del *mos italicus*, es decir, del método propio de los comentadores, más estrictamente exegético y que venía a configurar a la jurisprudencia como una actividad de naturaleza predominantemente analítica y fragmentaria. La toma de postura de la Iglesia católica a favor del *mos italicus* y su oposición radical al *mos gallicus* determinó que los representantes del humanismo jurídico se vincularan al protestantismo y, en particular, al calvinismo. En el siglo XVI dieron lugar, en Francia, a la escuela de los cultos o jurisprudencia elegante. Con posterioridad, debido a las persecuciones religiosas, los cultos se trasladaron a Holanda (siglo XVII y comienzos del XVIII) e influyeron en el iusnaturalismo (a través de Grocio) y, más adelante, en Savigny. Los cultos trataron de construir una ciencia del Derecho según criterios puramente racionales. Su punto de partida no era ya un texto aceptado dogmáticamente (estos autores pusieron de relieve, por ejemplo, los defectos lógicos existentes en los libros de Justiniano), sino el estudio sistemático del Derecho llevado a cabo con los instrumentos de la lógica renacentista (sobre todo la de Petrus Ramus —Pierre Ramée—) que no era ya la aristotélico-escolástica de la Edad Media, sino una nueva lógica empapada del espíritu matemático del XVI.

Mos gallicus y mos italicus.

La escuela de los cultos.

Veamos ahora, antes de seguir con la historia de la jurisprudencia en la Europa continental, lo que había sido del Derecho y de la jurisprudencia inglesa hasta ese momento. En Inglaterra, a diferencia de lo que había ocurrido en Italia y Francia, la influencia del Derecho romano había sido muy poco importante. Por otro lado, y en este caso en contraste con lo sucedido en los países germánicos, Inglaterra se constituyó muy pronto como reino unitario, lo cual ocurrió con la conquista normanda del siglo XI, lo que permitió la formación de un Derecho común para todo el reino: el *common law*. Otro hecho que tuvo una gran influencia sobre la jurisprudencia inglesa fue la existencia

La formación del common law.

de una estrecha conexión entre los jueces y los abogados, lo que posibilitó la formación de una casta de juristas técnica y culturalmente muy homogénea, y con un considerable peso político. De manera tradicional, la enseñanza del Derecho en Inglaterra no tuvo como centro las universidades, sino las corporaciones de profesionales (los *Inns of Courts*, aún existentes), y así, el estudio del Derecho y la jurisprudencia adquirieron un carácter fuertemente pragmático.

El case law.

Las primeras obras de la jurisprudencia inglesa datan del siglo XII, y la más importante de las escritas en la Edad Media, el tratado de Bracton *De legibus* —del siglo XIII—, prefigura ya el famoso método del *case law*, esto es, el estudio casuístico del Derecho. A partir de esta época comienzan a aparecer también las recopilaciones de diversas colecciones de casos (los *Years Books* y los *Abridgements*) que en el XVI dejan paso a los *Reports* o colecciones de casos que constituyen *precedentes* y que, por tanto, son vinculantes para los jueces según la regla del *stare decisis* (obligación de mantener la decisión tomada anteriormente para un caso igual o análogo). Los más importantes de todos son los *Reports* compilados a comienzos del XVII por el juez Coke, quien trató de sistematizar los principios del *common law* a través del estudio de los casos vistos ante su jurisdicción. En definitiva, el Derecho inglés se configura históricamente como un Derecho jurisprudencial, esto es, como un Derecho basado en las decisiones de los jueces —no en normas generales y abstractas, es decir, en leyes—, y que a pesar de no haber sufrido el influjo del Derecho romano, pero sí del Derecho canónico, resulta en muchos aspectos semejante al elaborado en Roma en la época clásica.

La recepción del Derecho romano en Alemania.

Muy distinto es el caso del Derecho alemán, que se caracteriza por un fuerte particularismo jurídico que, en cierto modo, es la consecuencia de su particularismo político. Como se sabe, la unificación política en Alemania sólo se logra a finales del XIX. Pues bien, para resolver este problema, los juristas alemanes recurrieron, especialmente desde finales del siglo XV, al Derecho romano, que hizo así las funciones de un Derecho común. Y este proceso de *recepción* del Derecho romano —que en realidad había empezado a notarse ya desde el siglo XIII— no tuvo lugar únicamente al nivel del Derecho sustantivo (en Alemania pasó a serlo el Derecho justinianeo), sino que lo que se recibió, en esencia, fue la ciencia de los comentadores, esto es, su método jurídico. En los siglos XV y XVI la literatura jurídica de la re-

cepción no alcanzó un alto nivel, pero preparó el terreno para el desarrollo, durante los siglos XVII y XVIII, de una jurisprudencia alemana de considerable altura, la del *usus modernus pandectarum*, que creó una metodología nueva con respecto a la de los glosadores y comentadores, en la que se fundieron las tendencias sistemáticas de la jurisprudencia elegante con el sentido práctico de los juristas alemanes.

El usus modernus pandectarum.

Durante los siglos XVII y XVIII, sin embargo, la jurisprudencia europea aparece dominada por el iusnaturalismo racionalista. La metodología del iusnaturalismo de esta época se basa en el rechazo del principio de autoridad característico de la Edad Media que se reemplaza por procedimientos racionales, lógicos, que, según se cree, deben permitir enunciar las leyes inmutables y necesarias en que consiste la ciencia del Derecho (y, en general, cualquier ciencia). Como ha escrito Bobbio (1950-1), los presupuestos en que descansa el iusnaturalismo racionalista, en cuanto concepción de la ciencia jurídica, son los dos siguientes: 1) existen leyes naturales —necesarias y universales— que regulan la conducta humana; 2) el Derecho natural —la ciencia del Derecho natural— debe descubrir estas leyes apelando a la propia naturaleza del hombre. El modelo de ciencia de que se parte aquí es, en esencia, el de las ciencias deductivas: la lógica y las matemáticas. El método utilizado consistirá en establecer una serie de principios jurídicos considerados inmutables y definitivos —que, en general, coinciden con principios romanos— y, a partir de ahí, en deducir una serie de reglas, que en ocasiones llegaban a ser muy particulares y concretas, y que debían regular el comportamiento social del hombre. Quienes elaboraron este Derecho natural no fueron, por lo general, juristas prácticos, sino más bien teóricos y profesores de Derecho más preocupados por el problema de construir una ciencia jurídica racional, verdadera, que por solucionar los problemas que planteaba la aplicación del Derecho. De esta manera, el iusnaturalismo condujo a una característica duplicación de los saberes jurídicos: por un lado se desarrollaba una jurisprudencia real, que versaba sobre el Derecho positivo, pero que los iusnaturalistas no consideraron una verdadera ciencia, y, por otro lado, una jurisprudencia ideal (el Derecho natural) que tenía el carácter de ciencia verdadera (según el modelo de ciencia iusnaturalista antes descrito), pero que no tenía como objeto al Derecho positivo.

El iusnaturalismo racionalista.

Jurisprudencia real y jurisprudencia ideal.

A pesar de ello, el Derecho natural racionalista ejerció una influencia duradera en la jurisprudencia europea: como luego

veremos, su método (formalista) es el que terminará por adoptar la ciencia jurídica del XIX, e igualmente tuvo una importancia enorme su concepción del Derecho como un sistema lógico, así como la tendencia de los autores iusnaturalistas a separar los conceptos jurídicos de los de la teología moral. Por otro lado, la creencia de los iusnaturalistas en la existencia de un Derecho racional capaz de ordenar de manera segura y permanente la conducta humana les llevó a centrar su atención en el nivel de la legislación, más bien que en el de la aplicación del Derecho; fruto de ello fue el movimiento codificador del Derecho privado que tuvo lugar en la Europa continental en los siglos XVIII y XIX y que, a partir de entonces, será una de las notas definitorias de los sistemas jurídicos vigentes en esos países.

Las codificaciones.

Los dos grandes centros del iusnaturalismo racionalista fueron Europa central, en donde este movimiento influyó decisivamente en la introducción del despotismo ilustrado y produjo diversas reformas al ser aceptado oficialmente en las cortes de Prusia y Austria, y Francia, en donde las ideas del Derecho natural racionalista contribuyeron de forma importante a desencadenar la gran Revolución. Igualmente, tuvo una inspiración iusnaturalista la Revolución norteamericana, que condujo a la fundación de los Estados Unidos de América. Inglaterra, sin embargo, hizo contribuciones importantes al iusnaturalismo filosófico (la más importante fue seguramente la obra de Hobbes), pero el iusnaturalismo no tuvo una influencia apreciable en su jurisprudencia, que en esta época no es más que la continuación de la que se había venido elaborando en los tiempos anteriores. Así, el libro más importante de este período, los *Commentaries* de Blakstone (de 1765), está enteramente en la línea de la obra de Bracton (del siglo XIII), a pesar de la adscripción de aquél al iusnaturalismo.

4.2. La ciencia jurídica moderna

La ciencia del Derecho tal y como hoy solemos entenderla —es decir, la dogmática jurídica— surge en Europa a comienzos del XIX y tiene tres grandes centros de desarrollo: Alemania, Francia e Inglaterra. En cada uno de estos países se desenvuelve —en forma relativamente autónoma— una tendencia de pen-

samiento jurídico que dejará una huella duradera: en Alemania, la escuela histórica del Derecho; en Francia, la escuela de la exégesis y, en Inglaterra, la jurisprudencia analítica.

Como en seguida veremos, se trata de tres escuelas que difieren entre sí en múltiples aspectos —no podía ser de otra manera, teniendo en cuenta las distintas tradiciones jurídicas en que se asientan— pero que tienen también un punto esencial en común: las tres participan del concepto de Derecho positivista. El Derecho no es ni más ni menos que el Derecho *positivo*, esto es, el Derecho *puesto*, bien sea por el autor de un código, por el soberano o por el «pueblo» en su desenvolvimiento orgánico. La ciencia del Derecho no aparece ya como una ciencia que «construye» su objeto (como era el caso del Derecho natural), sino como una ciencia que reflexiona sobre un objeto ya dado, aunque en ocasiones se reconozca (el caso de la escuela histórica) que los juristas cumplen un papel importante a la hora de poner de manifiesto lo que en el Derecho del pueblo está solamente implícito. Ahora bien, es muy importante aclarar desde el principio que el positivismo jurídico, en cuanto concepción del Derecho, no implica el positivismo en cuanto concepción de la ciencia jurídica. El concepto de ciencia positivista se basa en el rechazo de la metafísica y de los valores y en la defensa del método de la observación y de la inducción. Por eso, una ciencia del Derecho positivista no podría ser otra cosa que una ciencia de *hechos*, y de ahí que quienes pretendieron trasladar este modelo al campo del Derecho —lo que sólo ocurre a partir de la segunda mitad del XIX— traten de encontrar el objeto de esta ciencia en determinados hechos sociales y/o psicológicos. La verdadera ciencia del Derecho —y de nuevo aparece, como en el iusnaturalismo, una duplicación de los saberes jurídicos— no puede encontrarse en la dogmática jurídica (que no parte en absoluto de hechos experimentales), sino en la sociología o en la psicología jurídica.

La concepción positivista del Derecho...

y la concepción positivista de la ciencia jurídica.

La escuela histórica del Derecho suele presentarse como una concepción romántica del Derecho (que pone el acento en su carácter *nacional* y *popular*), políticamente vinculada a la Restauración (como vimos anteriormente, su concepción de la historia es radicalmente conservadora: la historia no es progreso, sino tradición; la función del análisis histórico es justificar el presente desde el pasado) y de signo contrario a la Ilustración y a su concepto de razón como facultad crítica, capaz de descubrir verdades universales y absolutas. Sin embargo —como ha

La escuela histórica del Derecho.

puesto de manifiesto González Vicén (1978-79)—, este último juicio debe ser matizado. La Ilustración no es sólo la época de formación de los grandes sistemas racionalistas de Derecho natural, sino también la que descubre la historia y la que pone de manifiesto el carácter histórico y socialmente determinado del Derecho. Los orígenes de la escuela histórica se encuentran en la Ilustración, en autores como Möser, Herder y, sobre todo, Montesquieu. Para este último, las leyes, el Derecho, deben entenderse en relación con las sociedades históricamente determinadas. En sus obras, la razón no cumple ya una función crítica, sino, por así decirlo, empírica; su método se basa en el examen de lo dado, en lo que son las cosas, no en lo que deberían ser. En resumidas cuentas, trata de explicar, no de juzgar.

Precedentes.

G. Hugo suele ser considerado como el precursor de la escuela histórica que tuvo su auténtico fundador en F. K. von Savigny. Lo que impulsa la obra de Savigny es el deseo de crear en Alemania una teoría científica del Derecho, pero también una clase homogénea y bien preparada de juristas que contribuyese a poner fin a la escisión entre la teoría y la práctica del Derecho que en Alemania era mucho más acusada que en Francia y, por supuesto, que en Inglaterra, donde, como hemos visto, la teoría y la práctica del Derecho habían marchado siempre estrechamente unidas. Puede dudarse de si la escuela consiguió o no alcanzar estos objetivos, pero hay que reconocer que las categorías elaboradas por sus representantes más cualificados (aparte de los ya citados, Puchta, Eichhorn, Grimm, Ranke, Bachofen, Stahl, Beseler) no sólo marcaron un amplio período de la ciencia jurídica alemana, sino que influyeron también en la de otros países (a pesar de tratarse de un fenómeno esencialmente alemán) y llegaron incluso a penetrar en el ámbito de otras ciencias sociales. En Alemania, la escuela histórica está vigente desde principios del XIX (las primeras publicaciones de Savigny son de 1802-1803 y lo que suele considerarse como el «Manifiesto» de la escuela, de 1814) hasta finales del siglo, pero su cenit lo alcanza hacia mediados del XIX; entonces tiene lugar la escisión entre un ala romanista dirigida por Puchta y que da lugar a la «jurisprudencia de conceptos» y un ala germanista que encabeza Beseler y que metodológicamente, como veremos, no difiere en mucho de la anterior.

Savigny.

El manifiesto de la escuela a que antes me he referido es el escrito de Savigny *Sobre la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la jurisprudencia.* Se trata de una réplica a la obra

La polémica de la codificación.

de otro jurista alemán, A. Thibaut, quien desde los presupuestos del iusnaturalismo racionalista y movido por ideales políticos progresistas había defendido la necesidad de un código civil general para Alemania. Savigny no combate aquí tanto la idea de una codificación unitaria como los presupuestos doctrinales en que ésta se asienta. En su opinión, es preciso rechazar la idea de que el hombre puede crear racionalmente, *ex nihilo*, el Derecho. El Derecho —como la lengua, las costumbres o el arte— es, por el contrario —y por utilizar la expresión que más tarde acuñará Puchta—, un fenómeno histórico, producto del «espíritu de un pueblo»; el Derecho surge «en virtud de una fuerza interior, y tácitamente activa, jamás en virtud del arbitrio de ningún legislador». Ahora bien, es preciso tener en cuenta que el concepto de «pueblo», en Savigny, es acusadamente metafísico: pretende hacer referencia a un organismo dotado de objetividad; el pueblo sería una entidad anterior a la existencia de los individuos, que se sitúa por encima de ellos y que cuenta con un principio dinámico: su espíritu.

Las fuentes del Derecho.

Ahora bien, aunque todo el Derecho proceda del espíritu del pueblo, el Derecho popular debe ser exteriorizado (no creado) de diversos modos. Uno de ellos —la primera «fuente» de Derecho en importancia— es la costumbre, en cuanto forma más directa de manifestación del Derecho. En segundo lugar se encuentra la ley, que Savigny acepta (si bien excepcionalmente) en cuanto forma de expresión del Derecho ya creado por el pueblo, pero rechaza si se entiende como manifestación de la (falsa) idea de que el Derecho puede ser creado por el individuo o por la organización estatal. Y, en tercer lugar, se sitúa el Derecho de los juristas, que Savigny denomina también «Derecho científico». Los juristas forman parte del pueblo, pero son también sus representantes en el campo del conocimiento del Derecho. Su labor no es, como se ha dicho, creadora de Derecho en sentido estricto, sino sólo en el sentido de poner de manifiesto principios y normas implícitas en el Derecho popular. Y esto último, claro está, es posible porque para Savigny el Derecho constituye un *sistema*, una totalidad en la que las partes están unidas entre sí mediante determinados principios, de tal manera que una vez que se conocen ciertas determinaciones pueden deducirse, a partir de ellas, todas las demás.

El «Derecho científico».

El ala germanista.

Este último aspecto de la doctrina de Savigny es básico para comprender la escisión que tiene lugar en el seno de la escuela por parte de su ala germanista. Los germanistas no sólo criti-

carán la supuesta coincidencia entre el Derecho del pueblo y el Derecho de los juristas (coincidencia, a decir verdad, bastante extraña, teniendo en cuenta el origen nada «popular» de los juristas), sino que negarán la pretensión de Puchta y del propio Savigny de identificar el Derecho del pueblo *alemán* con el Derecho *romano* procedente de la recepción. La codificación que tiene lugar en Alemania a finales del XIX (el famoso *Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB) viene a ser una síntesis de estas dos direcciones, con un predominio de la pandectista, es decir, de la corriente romanista.

Una escuela positivista...

Tomada en su conjunto, la significación de la escuela histórica para el pensamiento jurídico es un tanto ambigua. Por un lado, la escuela histórica significa la negación (aunque se trate de una negación más bien implícita) del Derecho natural, y la afirmación del positivismo jurídico al entender el Derecho como un producto histórico y social. Con ello se posibilitaba la elaboración de una ciencia del Derecho cuyo objeto no fuese ya un Derecho construido abstractamente, sino los Derechos positivos, los Derechos realmente existentes. Y lo que aseguraba el carácter científico de este tipo de conocimiento era el carácter necesario y no arbitrario de los contenidos del Derecho. La ciencia del Derecho así construida debería tener, pues, un estatuto epistemológico muy parecido al de la lingüística. Además, Savigny había insistido en considerar al Derecho como una parte del organismo social, como algo que «no tiene existencia por sí, su ser es más bien la vida del ser humano, contemplada desde un lado especial»; en consecuencia, el Derecho no podía comprenderse aisladamente, sino en relación con el resto de los elementos que componen el organismo social.

y formalista.

La otra cara de la medalla es que la escuela histórica no se conformó con identificar Derecho y Derecho positivo, sino que consideró también que el Derecho positivo poseía en sí mismo una justificación inmanente y absoluta. Si prescindió del dualismo Derecho positivo/Derecho natural fue tan sólo para identificar ambos términos; la idea de un Derecho natural resultaba ahora innecesaria, porque el Derecho positivo se justificaba por sí mismo, por su propia existencia histórica. Además —lo que puede parecer contradictorio con su punto de partida— el Derecho tendió a configurarse como un objeto cerrado en sí mismo y aislado tanto de consideraciones éticas como de la propia realidad histórico-social. La escuela histórica acabó así por producir, como veremos en seguida, una ciencia del Derecho

abstracta y formal que ha pasado a ser, incluso, uno de los modelos del formalismo jurídico: la jurisprudencia de conceptos.

La escuela de la exégesis.

La principal diferencia entre la situación jurídica en Alemania y en Francia a comienzos del XIX estriba en la existencia en este último país de una codificación unificadora de todo el Derecho privado: el *Code civil* o Código de Napoleón de 1804. Y esto, a su vez, fue posible porque Francia contaba con una clase burguesa mucho más sólidamente establecida que en Alemania (el movimiento codificador está estrechamente vinculado a los ideales burgueses de racionalización y previsibilidad), y con una clase homogénea de juristas que hacía posible una aplicación uniforme del Código. Por otro lado, al partir de un sistema de Derecho cuyas fuentes estaban bien fijadas, la ciencia del Derecho francesa —la escuela de la exégesis— no se plantea, como la alemana, la necesidad de desplegar una actividad en el fondo creadora. El Derecho no es aquí un producto orgánico del desarrollo histórico, sino resultado de la voluntad del legislador: alcanza su plenitud desde el primer momento en que surge a la vida.

En la escuela de la exégesis suelen diferenciarse tres fases: la primera, de fundación, comprende desde 1804 a 1830; la fase de apogeo dura hasta 1880; y la de decadencia, hasta 1900. Los expositores de la exégesis, siguiendo a Bonnecase, suelen atribuir a la escuela las siguientes características: 1) Culto del texto legal e identificación entre Derecho y ley; como consecuencia del principio de división de poderes, la creación del Derecho se entiende que corresponde en exclusiva al poder legislativo, mientras que el juez no pasa de ser un mero aplicador de la ley, que en ningún caso puede cumplir una función creativa. 2) La interpretación del Derecho no depende de circunstancias históricas, sociológicas, utilitarias, etcétera; el factor decisivo de la interpretación es la intención o voluntad del legislador. 3) Todo el Derecho es un producto del Estado; por eso, la primera y, en cierto modo, la única fuente de Derecho es la ley. 4) Esta concepción positivista y legalista del Derecho se considera, sin embargo, compatible con el Derecho natural. Ello es posible porque el *Code* es un producto típico del iusnaturalismo racionalista, de manera que no tiene nada de extraño considerar que sus principios coincidían con los del Derecho natural. 5) Culto a la autoridad y al precedente. El Código se considera como un texto sagrado, y de este carácter sacro se benefician también sus primeros cultivadores. Estas características permitie-

Características.

ron, por otro lado, a los representantes de la exégesis «protegerse» de los avatares políticos, económicos y sociales que sacudieron la historia francesa del XIX.

En su momento diremos algo sobre las reacciones a que dio lugar esta escuela a finales del siglo XIX. De momento bastará con advertir que las críticas que se le suelen dirigir están prácticamente implícitas en la enunciación de sus características: negación de que el Derecho pueda reducirse a la ley, de que la interpretación se resuelva en factores puramente psicológicos, etcétera. Por lo demás, es evidente que el modelo de ciencia jurídica de la escuela de la exégesis es acusadamente formalista: la investigación del Derecho empieza y se acaba en la norma estatal; la ciencia del Derecho es una ciencia autónoma e independiente de las otras ciencias sociales. Y, por otro lado, el carácter fuertemente dogmático de esta dirección del pensamiento jurídico se explica por una circunstancia recordada anteriormente: la existencia en Francia de una sólida tradición jurídica, de una auténtica «clase» de juristas.

La jurisprudencia analítica.

La jurisprudencia analítica inglesa se inicia también a comienzos del XIX con la obra de J. Austin, pero sus orígenes pueden rastrearse en el nominalismo inglés (Hobbes) y, desde luego, en el utilitarismo de Bentham. Con posterioridad a Austin, la jurisprudencia analítica siguió teniendo una considerable vigencia tanto en Inglaterra como en Estados Unidos, merced a las obras de autores como Salmond, Holland o Hohfeld. El propio Hart, en *El concepto de Derecho*, arranca de la crítica a la concepción de Austin, lo que pone de manifiesto el singular peso que la obra de este último autor ha tenido en la conformación del pensamiento jurídico anglosajón contemporáneo.

Uno de los objetivos que persiguió Austin (González Vicén, 1979) fue el de crear en la Universidad de Londres una Facultad de Derecho que sirviera de contrapeso al carácter exclusivamente pragmático que hasta entonces tenía la enseñanza del Derecho en Inglaterra. Y él fue, en efecto, quien inauguró, en 1827, la cátedra de *Jurisprudencia* o *Teoría del Derecho*, que muy pocos años después (y no sé hasta qué punto será prudente suministrar esta información a cierto tipo de lectores de este libro) hubo de cerrarse por falta de alumnos. Precisamente de cara a su preparación como docente, Austin efectuó un viaje a Alemania que sirvió para poner en contacto al utilitarismo inglés con la escuela histórica. De alguna manera, la concepción de Austin es una síntesis de estas dos tendencias de pensamiento

y viene a coincidir, en sus propósitos fundamentales, con otra dirección vigente en Alemania desde finales del XVIII hasta comienzos del XIX: la concepción de las verdades o principios jurídicos fundamentales. Esta última teoría —a caballo entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico— trató de elaborar una serie de conceptos jurídicos que no fueran simplemente los conceptos más amplios y simples que pudieran extraerse de un determinado ordenamiento jurídico, sino nociones formales implícitas en todo Derecho posible; tales nociones fundamentales constituirían el objeto de la verdadera ciencia jurídica.

Los principios jurídicos fundamentales.

Austin tomó de Bentham la idea de que el Derecho es un conjunto de mandatos dirigidos por el soberano a los súbditos y respaldados por la coacción; y entendió por «soberano» aquel poder supremo que es generalmente obedecido en una sociedad política. Aceptó también de aquél la idea de que el Derecho es un medio, un instrumento para ordenar la sociedad y, por tanto, como vimos en el capítulo 2, un factor de cambio social. Pero no consideró, como lo había hecho Bentham, que la jurisprudencia fuera un saber puramente pragmático (es decir, una simple técnica), sino que pensó que era posible edificar una verdadera ciencia del Derecho, de la manera que ahora veremos.

Austin y Bentham.

A pesar de que Austin perteneció al utilitarismo, esto es, a un movimiento cultural que se identificaba políticamente con los intereses de la burguesía reformista y del liberalismo, la influencia en su obra de los autores de la escuela histórica y, en particular, de Savigny, es indudable. Pero lo que influye no es tanto el concepto mismo de Derecho —que aunque en ambos casos sea de tipo positivista, obedecen a fundamentos muy distintos— sino más bien la idea de *sistema*, aunque no se trata de la noción *externa* de sistema característica del iusnaturalismo (sistema como repertorio de categorías aplicables a cualquier materia jurídica), sino del sistema *interno* (sistema como orden existente en una institución o en un Derecho determinado). Sin embargo, la concepción de la ciencia jurídica de Austin difiere tanto de la del Derecho natural como de la de Savigny, si bien coincide también con ambas en algún aspecto de cierta importancia.

Sistema externo e interno.

Para el iusnaturalismo, el objeto de la ciencia jurídica eran las «leyes jurídicas naturales», esto es, proposiciones racionales no extraídas de los Derechos históricos, sino, por el contrario, construidas de manera abstracta. La solución de Savigny, al menos inicialmente, fue considerar como objeto de la ciencia jurídica los Derechos históricos en lo que tienen de peculiar, de

individual; y la condición de posibilidad de tal ciencia era la idea de que el contenido del Derecho no es algo contingente, sino necesario, racional. La propuesta de Austin consistirá, por un lado, en partir de una distinción nítida entre el Derecho y la moral, entre lo que *es* y lo que *debe ser* Derecho: de lo que es el Derecho se ocupa la *jurisprudencia*, y de lo que debe ser, la *ciencia de la legislación* que, en su opinión, presupone la jurisprudencia. Por otro lado, Austin distingue el Derecho en cuanto singularidad histórica, esto es, los Derechos positivos, del Derecho pensado en abstracto, esto es, los principios, nociones y distinciones que son comunes a los diversos sistemas de Derecho: por ejemplo, los conceptos de deber, derecho, libertad, delito, pena, etcétera. El estudio de los Derechos positivos corresponde a lo que llama *jurisprudencia particular* o *nacional*, que considera como una actividad puramente práctica. Mientras que el estudio de la forma del Derecho, esto es, de los conceptos que son comunes a los diversos sistemas jurídicos y que pueden extraerse a través de la inducción y del *análisis*, dará lugar a una verdadera ciencia del Derecho que Austin denomina de diversas maneras: *jurisprudencia general, filosofía del Derecho positivo, jurisprudencia teórica, jurisprudencia comparada, jurisprudencia analítica* o, simplemente, *jurisprudencia*. En su opinión, esta última es una ciencia construida *a posteriori*, pues los conceptos se obtienen a partir del análisis de la experiencia, por la confrontación entre los diversos Derechos históricos. Sin embargo, el propio Austin consideraba que tan sólo merecían atención los sistemas de dos o tres naciones («los escritos de los juristas romanos, las decisiones de los jueces ingleses en la época moderna y los preceptos de los códigos franceses y prusianos en cuanto a la sistemática»), y sus sucesores pensaron que si los conceptos se daban, en realidad, en todos los Derechos, bastaba con analizar uno solo de ellos (el Derecho inglés).

Jurisprudencia y ciencia de la legislación.

Jurisprudencia particular y jurisprudencia general.

En conclusión, al igual que la escuela histórica, la jurisprudencia analítica abrió el camino para una ciencia formal del Derecho que no se planteó básicamente el estudio del Derecho positivo, del Derecho vigente, sino del sistema de conceptos a que se reducía el Derecho. Por otro lado, la distinción de Austin entre la materia y la forma del Derecho viene a ser análoga a la que había establecido el iusnaturalismo racionalista entre Derecho positivo y Derecho natural; en ambos casos se parte de la

tesis de que sólo lo general e invariable —y no lo histórico y contingente— puede constituirse en ciencia.

A lo largo de todo el siglo XIX la ciencia jurídica alemana conoció un desarrollo extraordinario. A mediados de siglo, la principal dirección seguía siendo la escuela histórica, que entonces había desembocado en un formalismo conceptual: la jurisprudencia de conceptos; pero la filosofía de Hegel también dejaba sentir aquí su influencia —la figura más representativa es quizá L. Knapp—, mientras que la doctrina de los principios o verdades fundamentales del Derecho que antes hemos mencionado había dejado de tener vigencia. Curiosamente, el método de la jurisprudencia conceptual venía a ser prácticamente el mismo que el del iusnaturalismo racionalista. El objetivo que se fijaba ahora para la ciencia jurídica era el de representar un determinado Derecho positivo mediante un sistema de conceptos; los conceptos jurídicos debían permitir, a su vez, deducir toda posible consecuencia jurídica, de manera que nos encontramos —como en el iusnaturalismo— con una ciencia del Derecho que, por medio de la lógica, cumple una función productiva: contribuye a crear su objeto, pues a partir de una serie de conceptos o principios fundamentales es capaz de deducir nuevos conceptos, nuevas normas. La jurisprudencia conceptualista presupone una noción de validez (o de «verdad») característica de las ciencias formales o deductivas: una norma jurídica o, en general, un enunciado, es válida —existe— si resulta lógicamente compatible con el resto del sistema.

La jurisprudencia de conceptos.

Como ha señalado González Vicén (1979), quien primero propugnó este método (aunque pueda parecer contradictorio con otros aspectos de su pensamiento) fue el propio Savigny, quien no sólo comparó la ciencia del Derecho con la geometría y elogió a los juristas de la época clásica de la jurisprudencia romana porque «calculan con sus conceptos», sino que aplicó esta metodología en su obra sobre la posesión. El método lo desarrolló después Puchta y fue también adoptado por los autores germanistas de la escuela, por el «primer» Ihering, por Windscheid —quien veía en la labor del jurista científico «una operación de cálculo en la que los factores son los conceptos jurídicos»—, recibió una consagración práctica en el Código alemán (el BGB) de 1900, y del Derecho privado pasó al Derecho público —desde finales del XIX a través de la obra de autores tales como Gerber, Laband y Jellinek.

La «teoría general del Derecho».

También cae dentro del formalismo la llamada «teoría general del Derecho» que se desarrolla a partir de la segunda mitad del XIX. Esta concepción, que también entronca con la escuela histórica —o más bien con la «joven escuela histórica»—, tiene su iniciador en Merkel y sus continuadores en autores como Bergbohm, Rumelin, Wallaschek o Eltzbacher. Su punto de partida es la existencia de una ciencia jurídica dividida en una serie de ramas correspondientes a los diversos sectores del ordenamiento (Derecho civil, mercantil, penal, etcétera) en las que, a su vez, se distingue una parte general y una parte especial. Y su objetivo será elaborar, a través de un proceso inductivo, una teoría general del Derecho que vendría a ser algo así como el *producto lógico* de las diversas partes generales: su objeto lo constituyen aquellos elementos que son comunes a todas ellas. Surgiría así una ciencia del Derecho unitaria y sintética, pero de base empírica, que sin embargo cae ya fuera de la ciencia del Derecho en sentido estricto, pues su objeto no es el Derecho vigente; su función no es tampoco la de sustituir a la(s) ciencia(s) jurídica(s), sino a la filosofía del Derecho o más bien al Derecho natural. Para estos autores, la teoría general del Derecho sería la única filosofía del Derecho posible.

Ahora bien, la teoría general del Derecho concibe todavía el Derecho bajo la forma de un orden jurídico determinado; sus conceptos se extraen de las disciplinas que tienen por objeto un determinado Derecho vigente (o, si se quiere, una parte del mismo), de manera que tales conceptos sólo pueden tener validez para ese Derecho. Es precisamente esta «limitación» de la teoría lo que, a finales del XIX y principios del XX, intentará superar una serie de juristas, como Bierling y Somló, quienes, de alguna forma, vienen a mantener una concepción análoga a la que había sostenido la doctrina de los principios fundamentales del Derecho en Alemania y J. Austin en Inglaterra, y a la que desarrollan, en la Francia de comienzos del XX, autores como Picard y Rouguin. Tanto Bierling como Somló parten de la diferenciación entre el contenido y la forma del Derecho y, por tanto, de dos tipos de conceptos jurídicos. Los conceptos formales o fundamentales son aquellos que tienen una validez que excede a la de cualquier Derecho positivo y, por tanto, se imponen al legislador. Naturalmente, esta validez no podría postularse si la formación de tales conceptos arrancara de los propios Derechos positivos, de manera que será necesario extraerlos de una realidad considerada *anterior* a ellos y que no pre-

Contenido y forma del Derecho.

suponga la de los Derechos positivos. En el caso de Bierling se tratará de una realidad de naturaleza psicológica; su definición de Derecho (que recuerda a la del jurista ruso-polaco Petrazitski, que ejerció influencia en los primeros juristas de la revolución soviética) reza así: «Derecho es todo lo que los hombres que conviven en una comunidad cualquiera *reconocen mutuamente* como norma y regla de esta vida en común». En el caso de Somló, de ciertos hechos sociales: Derecho, para él, son «las normas de un poder supremo, constante, comprensivo y que se impone de ordinario».

Más adelante veremos que este mismo impulso es el que late en la obra del neokantiano Stammler. Pero ahora vamos a ocuparnos brevemente de una dirección que también trata de comprender el Derecho a partir de una realidad anterior a él, pero no para formular unos conceptos formales del Derecho, sino para situarlo dentro de una perspectiva histórico-universal. En este apartado podríamos incluir a una serie de autores de finales del XIX y comienzos del XX que pueden ser considerados como los precursores del Derecho comparado y de la antropología o etnología jurídica. Tal es el caso de Maine en Inglaterra, Morgan en Estados Unidos, Fustel de Coulanges en Francia y Post, Bachofen y Kohler en Centroeuropa. En líneas generales, su método consistirá en confrontar, *comparar*, diversos sistemas jurídicos en momentos distintos de su evolución para construir una teoría genética y causal del Derecho. Se trata de descubrir la ley de causalidad última, la ley universal que rige el nacimiento y la vida del Derecho como fenómeno causal. Para Maine, por ejemplo, esta ley de evolución se encontrará en el paso del *status* al *contrato*, esto es, de un tipo de sociedad basada en relaciones en las que el individuo no es libre, sino que su posición social queda fijada por el hecho del nacimiento y no puede ser modificada por la voluntad de los individuos, a otro tipo de organización social —propio de sociedades más progresivas y complejas— en que los individuos pueden determinar voluntariamente sus relaciones jurídicas y, por tanto, su posición en la sociedad. De alguna forma, el método es análogo al seguido en las ciencias naturales. En éstas se trata de acumular material empírico para extraer las características comunes que permitan formular leyes generales, y los resultados se comprueban mediante la repetición provocada de los fenómenos. En el caso del Derecho, como la experimentación en un sentido estricto no es posible, debe ser sustituida por la observación sistemática

El método comparatista.

Del status *al contrato.*

de los mismos fenómenos en medios y circunstancias diferentes.

El formalismo jurídico.

Pero volvamos de nuevo al formalismo. En cuanto concepción de la ciencia jurídica significa, como hemos visto, la tendencia a configurarla según el modelo de las ciencias lógico-formales o deductivas: su labor consiste en organizar lógica y sistemáticamente un determinado material —las normas jurídicas— de cara a facilitar su aplicación. De esta forma, la propia aplicación del Derecho va a aparecer también como una operación lógica, cuya conclusión será el resultado de una serie de procesos deductivos y en donde los aspectos de carácter sociológico, psicológico, ético, etcétera, no jugarán ningún papel; lo que importa es que las decisiones se establezcan de conformidad con las normas preestablecidas (o con los precedentes), no que produzcan consecuencias que se estimen adecuadas. Esta manera de entender el Derecho obedece a lo que Max Weber denominó racionalidad formal. Y el hecho de que tal modelo de racionalidad fuera aceptado, o presupuesto, en el siglo XIX por las diversas direcciones de la ciencia jurídica europea —siguiendo, por otro lado, tendencias ya existentes— se explica, como señaló el propio Max Weber (Febbrajo, 1976), por una serie de factores históricos favorables: la constitución de un Estado que monopoliza la producción y sanción —en el sentido de asegurar su aplicación coercitiva —del Derecho; la difusión de modelos de organización social de carácter burocrático; la ascensión al poder de grupos sociales —la clase burguesa— interesados en exaltar el valor de previsibilidad del Derecho para poder simplificar sus cálculos económicos. Por eso, cuando este modelo de organización, es decir, el Estado liberal de Derecho, entra en crisis, comienzan también los ataques contra el formalismo en el Derecho y en la ciencia del Derecho; lo cual supondrá también la tendencia a tener en cuenta las consecuencias a la hora de interpretar y aplicar el Derecho, y a abrir el saber jurídico tradicional hacia las nuevas ciencias sociales.

Racionalidad formal.

La revuelta contra el formalismo.

Lo que se ha llamado la «revuelta contra el formalismo» (M. White, Treves, 1978) es un movimiento que surge tanto en Alemania como en Francia y en Estados Unidos a partir de las dos últimas décadas del siglo XIX, y con matices propios en cada uno de estos países.

Crítica a la jurisprudencia de conceptos. Ihering.

En Alemania, la revuelta se dirige contra el formalismo de la jurisprudencia conceptual y sus iniciadores son Ihering (el «segundo» Ihering) y Gierke. Como antes hemos indicado, Rudolf

Ihering —una de las cumbres jurídicas del siglo XIX— no sólo comenzó formando parte de la jurisprudencia de conceptos, sino que fue uno de sus miembros más destacados. En diversos escritos de mediados de siglo defendió un modelo de ciencia jurídica dirigido exclusivamente a la formación de un sistema lógico de conceptos, aunque Ihering compara el proceder del jurista teórico no exactamente con el del lógico, sino con el del lingüista o el del científico de la naturaleza. En su opinión, la labor del científico del Derecho sería por entero semejante a la que efectúan los gramáticos con respecto al lenguaje o los químicos con los cuerpos existentes: el jurista debe tratar de exponer el «alfabeto jurídico», el conjunto de los elementos primarios cuya combinación producirá toda la serie de instituciones y relaciones en que consiste un Derecho positivo. Como es natural, en el desarrollo de estas operaciones las consideraciones históricas, sociológicas, económicas o éticas no desempeñan ningún papel.

Pero en su segunda etapa teórica, Ihering se opuso tanto a la escuela histórica como a la jurisprudencia conceptual derivada a su vez de la primera. Frente a la escuela histórica puso de manifiesto que el Derecho no era fruto de un desarrollo orgánico, sino obra humana consciente, medio para la consecución de fines. Y frente a la jurisprudencia conceptual defendió con vigor la consideración del Derecho no como un sistema de proposiciones abstractas, sino como una idea de fuerza. Su concepción del Derecho se basa ahora en la combinación de dos elementos, el Derecho como orden coactivo y como fin, de manera que tiene en cuenta tanto el aspecto estructural como el funcional. Derecho, para Ihering, es «la forma de garantía del conjunto de las condiciones de vida de la sociedad aseguradas por el poder estatal por medio de la coacción externa». Además, Ihering tomó muy en cuenta la doctrina utilitarista de Bentham para diseñar una teoría de la interpretación y aplicación del Derecho enfocada desde el punto de vista de las consecuencias sociales que producen tales operaciones. Este aspecto de su obra dio lugar, en el siglo XX, a una dirección que encabezó Ph. Heck y que tuvo una gran influencia en la práctica jurídica alemana: la jurisprudencia de intereses. Partiendo de la idea de que el fin último de los jueces no es otro que el de la satisfacción y equilibrio entre diversos intereses, se trataba de sustituir el método de la subsunción por el del análisis ponderado de los intereses. Sin embargo, a la jurisprudencia de intereses se le ha

La jurisprudencia de intereses.

reprochado, y con razón (Larenz), el utilizar un concepto considerablemente ambiguo de «interés» (podría entenderse, al menos, de estas dos maneras: como factor causal de las leyes y como juicio de valor presupuesto por las normas jurídicas) y el proponer un modelo de interpretación y aplicación del Derecho que puede producir una merma de seguridad jurídica, es decir, de previsibilidad; pero lo que más importa aquí es darse cuenta del carácter fuertemente pragmático de esta dirección jurisprudencial: su objetivo no es tanto el de alcanzar el conocimiento del Derecho, como el de contribuir a una realización adecuada del mismo.

Gierke y el pluralismo jurídico.

El germanista, iuspublicista e historiador del Derecho Otto von Gierke fue el autor que, a finales del XIX, abrió el camino para el pluralismo jurídico y político. Su tesis fundamental se encuentra en la afirmación de que el Derecho no es un producto de la voluntad estatal, sino un fenómeno social que emana de la realidad concreta de los grupos humanos. El Estado es sólo una asociación más entre las diversas asociaciones de que se compone la sociedad, de manera que no debe verse en él la organización exclusiva de la vida en común. En definitiva, el Derecho no puede reducirse a Derecho estatal. Por otro lado, Gierke fue quien puso de manifiesto por primera vez (González Vicén, 1979) la conexión metodológica existente entre el conceptualismo y el iusnaturalismo de la época anterior. Su crítica a la jurisprudencia de conceptos —en particular, a Laband, es decir, al autor que había trasladado el método del Derecho privado al Derecho público— radicaba en que esta escuela había considerado a los conceptos como fines en sí mismos y no como medios para conocer la realidad. Gierke afirma que los conceptos jurídicos lo son de una realidad concreta y contingente; no pueden ser eternos ni inmutables, sino de validez simplemente relativa. Como el Derecho no puede pensarse con independencia de su contenido, el método adecuado para su conocimiento debe ser un método *histórico* que trate de captar no sólo la forma, sino también la sustancia interna de las nociones jurídicas. Ello significa también: 1) que el Derecho no es una realidad estática susceptible de ser explicada causalmente o de reducirse a sus constantes jurídicas, sino una realidad histórica producto de una comunidad concreta; 2) que el Derecho es un momento dependiente de una totalidad, y de ahí que para su comprensión sea necesario contar con las demás ciencias sociales. En resumen, la obra de Gierke podría considerarse como la rea-

lización de los objetivos originarios de la escuela histórica a la que, de alguna forma, perteneció.

Crítica al formalismo jurisprudencial.

En el contexto del *common law*, la jurisprudencia analítica fundada por Austin había dado lugar, como vimos en su momento, a una ciencia del Derecho formalista, en el sentido de que su objeto de estudio no era el contenido de un Derecho concreto, sino el análisis formal de los conceptos jurídicos básicos. Por otro lado, la aplicación del Derecho en Inglaterra y en los Estados Unidos resultaba lastrada por el peso de los precedentes, de la tradición, lo que dificultaba un desarrollo del Derecho acorde con los nuevos intereses sociales. El iniciador de la revuelta contra el formalismo *jurisprudencial* fue el juez norteamericano Holmes, quien reaccionó, precisamente, contra una manera de entender el Derecho que llevaba a estimar como el mejor argumento a favor de una norma el hecho de que ésta hubiese estado vigente «desde tiempos de Enrique IV». Frente al peso de la tradición, Holmes hizo hincapié en los elementos empíricos y pragmáticos del Derecho: el equivalente de la frase de Ihering de que «el Derecho no es una idea lógica, sino una idea de fuerza» lo encontramos en esta otra del norteamericano: «la vida del Derecho no ha sido lógica, sino experiencia» (experiencia judicial). Por otro lado, su famosa definición del Derecho como «las predicciones de lo que los jueces harán de hecho» abrió el camino a un movimiento que adquirió un gran auge en las primeras décadas del siglo xx: el realismo jurídico norteamericano. En el capítulo primero indicamos algunas críticas que pueden dirigirse contra una concepción que ve el elemento central del Derecho no en las normas, sino en el comportamiento de los jueces. Aquí añadiremos otra crítica que cabe efectuar a la definición de Holmes: confunde el Derecho con la ciencia del Derecho; lo que define sería, en todo caso, lo segundo, no lo primero. Sin embargo, esta confusión muestra al mismo tiempo el carácter eminentemente práctico que tiene la jurisprudencia para Holmes: el objetivo de la misma no es el conocimiento puro del Derecho, sino el desarrollo del mismo sobre una base empírica; la ciencia del Derecho, en definitiva, tendería a configurarse aquí como una ciencia social práctica o, por decirlo más claramente, como una técnica: Cuando estudiamos el Derecho no estudiamos un misterio, sino una profesión bien conocida. Estudiamos lo que será preciso para ir ante los jueces o para aconsejar a la gente cómo han de hacer para mantenerse alejados de los tribunales».

Holmes.

Crítica al formalismo legal.

Finalmente, la revuelta contra el formalismo en Francia adoptará la forma de revuelta contra el formalismo *legal*. El blanco de las críticas es, naturalmente, la escuela de la exégesis, uno de cuyos representantes, Buguet, había llegado a exclamar: «Yo no conozco el Derecho civil, sólo enseño el Código de Napoleón». El

Geny.

movimiento, en este caso, lo encabeza F. Geny, quien critica todos los postulados fundamentales de la escuela. Según Geny los integrantes de la exégesis habían incurrido en un auténtico «fetichismo de la ley», pues el Derecho positivo no se agota en la ley; ni siquiera puede reducirse a Derecho estatal. Por otro lado, el ordenamiento jurídico considerado como ordenamiento estatal no es completo; constantemente surgen supuestos de lagunas jurídicas que hacen que el juez tenga que recurrir a la libre investigación científica de los datos, de la realidad preexistente a las normas jurídicas; ello prueba, al mismo tiempo, que el juez no puede considerarse como un mero aplicador del Derecho, ya que él mismo contribuye a descubrirlo, a elaborarlo. En realidad, Geny distingue en el Derecho dos elementos que se

Lo dado y lo construido.

integran entre sí: lo dado y lo construido. El estudio de lo *dado*, de los datos reales, históricos, racionales o ideales de cara a elaborar las normas jurídicas es el objeto de la *ciencia* jurídica. Mientras que el estudio de lo *construido*, de las normas establecidas por la ciencia jurídica con el fin práctico de adaptarlas a las necesidades de la legislación o de la aplicación del Derecho es el objeto de la *técnica* jurídica. Obviamente, quien se limita a interpretar el Derecho vigente (a partir de los textos legales o de los precedentes) y con el fin de facilitar la realización del Derecho no haría ciencia, sino técnica; su actividad tendría un valor exclusivamente práctico, no teorético.

Algunas de las direcciones que hemos examinado hasta aquí —en especial las que se han encuadrado dentro de la «revuelta contra el formalismo»— apuntan ya a la necesidad de conectar el Derecho con la realidad social y, en este sentido, pueden considerarse como contribuciones a la sociología del Derecho, en cuanto ciencia que estudia las relaciones entre el Derecho y la

El sociologismo jurídico.

sociedad. Sin embargo, las tesis que defienden autores de comienzos del siglo XX —que suelen encuadrarse dentro del sociologismo jurídico— como R. Pound, L. Duguit o E. Ehrlich, suponen un paso más allá, en cuanto que reducen el Derecho a fenómeno social y empírico; la ciencia jurídica tradicional re-

sulta con ello *sustituida* por una ciencia empírica, o por una «técnica social de base empírica».

La jurisprudencia sociológica. R. Pound.

Un ejemplo de esto último lo proporciona la obra del jurista norteamericano Roscoe Pound, quien partió de una concepción funcional del Derecho según la cual éste es, esencialmente, un medio de control social. En consecuencia, e inspirándose sobre todo en la línea iniciada por Holmes, trató de construir una *jurisprudencia sociológica* que configuró como una «ingeniería social», esto es, como un saber de tipo práctico dirigido a lograr ciertos fines sociales: ordenar las relaciones sociales y armonizar la satisfacción de las necesidades. La jurisprudencia, para Pound, no es una ciencia, sino una técnica que está, respecto a las ciencias sociales, en la misma situación que la ingeniería respecto a las ciencias naturales. Por ello, para conseguir los fines de tipo práctico que caracterizan a la jurisprudencia, el jurista debe servirse, sobre todo, de investigaciones de tipo sociológico. Y, en efecto, en el programa de trabajo que diseña para su escuela, Pound incluye una serie de temas característicos de la sociología del Derecho: el estudio de los efectos sociales de las instituciones, normas y doctrinas jurídicas, investigaciones sociológicas que sirvan para preparar el camino a la legislación; búsqueda de los medios para hacer que las normas jurídicas sean realmente operativas, etcétera.

Duguit.

El punto de partida de Leon Duguit fue una concepción *positivista* del conocimiento, según la cual sólo es cognoscible lo que puede verificarse u observarse directamente, a través de los sentidos. En consecuencia, el objeto de la ciencia jurídica debe encontrarse en alguna realidad de tipo empírico, sólo puede estar constituido por *hechos sociales*. Pues bien, inspirándose en la sociología de Durkheim, Duguit consideró que el hombre era, por naturaleza, un ser social que tenía una serie de necesidades que sólo podía satisfacer mediante la *solidaridad*. Ahora bien, la solidaridad, que para Duguit constituye un hecho social, no sería posible sin una regla objetiva de conducta que consiste en no hacer nada que lleve a una disminución de la solidaridad social y en hacer todo aquello que pueda acrecentarla. Por otro lado, esta regla no sería exactamente un mandato, sino la expresión abstracta del hecho de que los hombres no pueden vivir aislados. Y, en el ámbito de esta regla de conducta, Duguit establece una distinción entre las normas económicas, morales y jurídicas que no se basa en el contenido de dichas normas,

La regla objetiva de conducta.

sino en la diferente reacción psicológica que provoca su infracción en los individuos del grupo social. En concreto, una norma es jurídica cuando los individuos del grupo tienen conciencia de que la sanción puede (o debe) ser asegurada de una manera permanente, institucionalizada. En definitiva, el Derecho en sentido estricto (que debe distinguirse del Derecho en cuanto formulado rígidamente en la legislación positiva) es, para Duguit, un hecho social, fluido y variable; su estudio corresponde a una ciencia social y empírica.

Ehrlich.

Una concepción semejante a la de Duguit —y, en ciertos aspectos, también a la de Geny— es la del austríaco Eugen Ehrlich, autor de una de las primeras obras que utilizaron el título de *Sociología del Derecho*. Ehrlich parte también de la distinción entre Derecho estatal y Derecho vivo, es decir, el Derecho no formulado en proposiciones jurídicas, pero que regula la vida social. En su opinión, la jurisprudencia no es una verdadera ciencia, sino un saber práctico, una técnica que parte de la consideración del Derecho como el conjunto de normas de conducta emanadas por el Estado y revestidas de coacción; su función consiste en proporcionar al juez la posibilidad de encontrar una decisión para el mayor número posible de casos. Por eso, la verdadera ciencia del Derecho, para Ehrlich, no es la jurisprudencia, sino la sociología del Derecho, esto es, una ciencia capaz de superar las limitaciones prácticas de aquélla. La sociología del Derecho se ocupa de éste no en cuanto conjunto de mandatos del Estado, sino en cuanto hecho social, pues el Derecho es ante todo (la influencia de Kierke aparece aquí clara) el orden interno de las asociaciones; no una exigencia abstracta, sino la conducta real de los hombres. En definitiva, la sociología del Derecho aparece como una ciencia que se basa en la observación de la realidad mediante un método inductivo.

El Derecho vivo.

La escuela del Derecho libre.

Las obras de Duguit y de Ehrlich influyeron en (y, en cierto modo, formaron parte de) una dirección que se desarrolla a comienzos de siglo en Europa y cuyo representante más caracterizado es H. Kantorowicz: la escuela o movimiento del Derecho libre. Su característica fundamental, algo que comparte con el realismo jurídico norteamericano, es el desplazamiento del punto de mira del Derecho desde el legislador (la ley) hacia el juez (la sentencia); las normas jurídicas no pasan de ser elementos secundarios en el proceso de decisión del juez: la sentencia es, esencialmente, producto de su libre subjetividad. Por otro lado, al igual que ocurría con la jurisprudencia de intereses, el mo-

vimiento del Derecho libre tiene una importancia más práctica que teórica: no es exactamente una concepción de la ciencia jurídica, sino una metodología para la interpretación y aplicación del Derecho.

Sobre la cientificidad de la jurisprudencia.

Las diversas concepciones de la ciencia jurídica moderna que hemos analizado hasta aquí comparten, como hemos dicho, una característica común: considerar que el objeto de esta ciencia no puede ser otro que el Derecho positivo. Pero el problema con el que han de enfrentarse es que resulta difícil hacer objeto de un saber verdaderamente científico a un fenómeno histórico, variable y contingente como lo es el Derecho. A grandes rasgos, las vías intentadas para solucionar tal problema parecen haber sido las dos siguientes: 1) Diferenciar en el Derecho entre los aspectos formales (estructurales) y de contenido y, en consecuencia, defender una ciencia del Derecho formalista que no se ocupa del Derecho en cuanto fenómeno histórico y social. 2) Diferenciar entre el Derecho en cuanto fenómeno normativo y en cuanto fenómeno empírico. La consecuencia, en este caso, es la defensa de una concepción sociologista de la ciencia jurídica, cuyo objeto quizá no sea ya el Derecho propiamente dicho, sino los factores sociales que aparecen como causa o consecuencia del Derecho. En el primer caso, el modelo de cientificidad elegido es el que suministran las ciencias deductivas o formales; en el segundo, el procedente de las ciencias empíricas, las ciencias de hechos. La vía que intenta seguir el neokantismo, en sus dos direcciones fundamentales, es un tanto distinta: consistirá en configurar a la ciencia jurídica bien como una ciencia histórica o cultural, bien como una ciencia formal *pura*.

El neokantismo jurídico.

Ciencias nomotéticas e idiográficas.

El neokantismo de la escuela sudoccidental alemana, que tuvo a sus principales representantes en autores como G. Windelband y H. Rickert, elaboró una clasificación de las ciencias basada en la distinción entre ciencias nomotéticas y ciencias idiográficas. Tal clasificación estaba próxima a la elaborada por Dilthey y otros autores en ciencias naturales y ciencias espirituales, pero con la diferencia de que ahora lo que se tiene en cuenta como criterio de clasificación es el método, no el objeto de estudio. Las ciencias nomotéticas son las ciencias que utilizan un método generalizador, esto es, se dirigen a fijar conceptos generales; mientras que las ciencias idiográficas son aquellas que emplean un método individualizador: no tratan de formular leyes generales, sino de comprender los fenómenos en lo que tienen de característicos, de individuales. Las ciencias

que tienen por objeto la naturaleza suelen utilizar el método generalizador, mientras que las que tienen por objeto las manifestaciones humanas (las creaciones del espíritu) utilizan el método individualizador, aunque no necesariamente (por ejemplo, la sociología es una ciencia nomotética, pero no natural). Pues bien, lo que tratan de llevar a cabo algunos autores de la escuela, como Radbruch, es la configuración de la ciencia del Derecho como una ciencia individualizadora, una ciencia histórica. En concreto, la ciencia del Derecho, según Radbruch, sería una ciencia *cultural*, pues su objeto no es la naturaleza, sino un fenómeno creado por el hombre; *comprensiva*: no se refiere a hechos que deban explicarse, sino a significados que deben entenderse o interpretarse; *valorativa*: no se limita a observar y constatar, sino que juzga sobre la base de referencia a valores; *individualizante*: su objeto no son las leyes generales, sino los casos singulares (la ley sólo existe en virtud de las decisiones concretas de los casos singulares). Ahora bien, cualquier investigación científica parece requerir tanto procedimientos individualizadores como generalizadores, por lo que la clasificación de las ciencias en función de este criterio es seguramente ficticia. Por lo que se refiere a la ciencia del Derecho, o lo que generalmente se entiende por tal, no parece posible olvidar que la misma utiliza tanto el método individualizador (en cuanto que tiene como objeto los contenidos peculiares de un Derecho concreto y determinado) como el método generalizador (en cuanto que elabora clasificaciones, conceptos generales, etcétera).

La ciencia del Derecho como ciencia histórico-cultural.

El representante más notable del neokantismo jurídico de inspiración formalista, cuyo centro estuvo en Marburgo, fue R. Stammler. Su objetivo fundamental fue el de trasladar al campo de la razón práctica, de la voluntad, el método crítico introducido por Kant en la esfera de la razón teórica, del conocimiento propiamente científico. Según Stammler, el objeto de una verdadera ciencia del Derecho no puede estar constituido por los fenómenos jurídicos que se presentan a la experiencia, sino por las condiciones *a priori* que hacen posible esta experiencia. A partir del Derecho en cuanto fenómeno histórico y contingente sólo es posible extraer, mediante la inducción, conceptos jurídicos materiales y condicionados. Pero una verdadera ciencia del Derecho tiene que partir de las formas puras, mediante las cuales pensamos jurídicamente. Así, siempre que pensamos jurídicamente estamos presuponiendo un concepto de De-

La ciencia jurídica como ciencia formal pura.

recho que no puede haber derivado de la propia materia jurídica (al contrario, determinar algo como jurídico presupone ya dado un concepto de Derecho), sino que debe ser un concepto puro, apriorístico. En concreto, el concepto de Derecho de Stammler se define como la *voluntad*, o el querer, *vinculante*, *autárquica* e *inviolable*. Ello viene a significar que el Derecho pertenece al mundo de la voluntad, en que domina la libertad de elegir fines y medios (y no al mundo de la naturaleza regido por el principio de la causalidad); que no se trata de la voluntad del hombre aislado (moral), sino de una voluntad que vincula a los hombres entre sí; que esta voluntad vinculante (a diferencia de lo que ocurre con las reglas convencionales) se establece de manera fija y permanente, con independencia de las voluntades de los individuos vinculados; y que, a diferencia de las normas del poder arbitrario, tiene carácter inviolable, no se puede transgredir. De este concepto de Derecho se deducen, a su vez, los siguientes conceptos o categorías jurídicas fundamentales (que son, también, conceptos puros): sujeto y objeto de Derecho, causa y relación jurídica, supraordenación y subordinación jurídica, legalidad e ilegalidad. Además de estos conceptos puros *a priori* —que son aquellos que estamos presuponiendo siempre que pensamos cualquier contenido jurídico especial—, existe también una serie de conceptos jurídicos condicionados (materiales) construidos a partir de un Derecho positivo determinado. Estos últimos se elaboran de un modo abstracto, mediante un proceso inductivo, pero con la guía de los conceptos puros, que proporcionan así una base firme a la ciencia jurídica. Lamentablemente, no hay ninguna evidencia de que en nuestra razón se encuentren las formas puras de la intuición jurídica sensible, tal y como presupone Stammler. Más bien parece que su pretensión de determinar una serie de conceptos jurídicos que, pudiéndose aplicar a cualquier contenido, no estén empero condicionados materialmente, es una pretensión vana. Sin embargo, la configuración de la ciencia del Derecho como una ciencia pura es el gran objetivo que se planteará —partiendo también de presupuestos neokantianos— Hans Kelsen, con quien empieza propiamente la época actual de la ciencia jurídica. Pero antes de ocuparnos del modelo de ciencia jurídica de Kelsen es conveniente efectuar algunas consideraciones sobre la ciencia y la teoría de la ciencia en general.

El concepto de Derecho de Stammler.

Los conceptos puros a priori.

4.3. Ciencia y teoría de la ciencia

Hasta ahora se ha empleado el término de «ciencia jurídica» en un sentido bastante laxo, de manera que se ha podido incluir bajo este rótulo desde la jurisprudencia romana de la época arcaica a la dogmática moderna, la teoría general del Derecho y la sociología del Derecho. Lo que tienen en común estos productos históricos es que todos ellos pretenden ser formas de conocimiento racional del Derecho. Pero varían en cuanto a si se trata de un conocimiento puramente pragmático dirigido a conseguir ciertos fines como el establecimiento de normas o la aplicación de éstas, o si, por el contrario, se trata de un conocimiento de tipo teórico que no está volcado a la práctica, al menos de manera inmediata. E igualmente difieren entre sí en cuanto a considerar como objeto de estudio un determinado Derecho vigente, los conceptos fundamentales válidos para cualquier Derecho, el Derecho considerado como un fenómeno social y empírico, etcétera. Al final de este capítulo y en el próximo veremos cómo, debido a estas y otras diferencias, más que de ciencia jurídica sea conveniente hablar de ciencias jurídicas, en plural, o, incluso de *saberes jurídicos*, pues hay buenas razones para pensar que no todos ellos pueden denominarse cabalmente «científicos».

Por otro lado, la evolución histórica de la ciencia jurídica —tomada la expresión todavía en sentido laxo— que hemos tratado de reconstruir de manera muy sintética en las páginas anteriores, muestra que la pluralidad de formas en que se ha entendido este conocimiento ha dependido de diversas circunstancias sociales, ideológicas y de todo tipo, pero también del propio concepto de ciencia predominante en cada momento histórico. Por lo tanto, antes de adentrarnos en el análisis de los diversos modelos de ciencia jurídica vigentes en la actualidad, conviene tener una idea sobre la concepción predominante de la ciencia en nuestros días (Chalmers).

¿Qué es la ciencia?

Desde luego, no es nada fácil establecer con alguna precisión cuáles son las características que debe contener un cierto tipo de conocimiento para poder ser calificado de *científico*. Podría pensarse que la primera de ellas es que se trate de un conocimiento *objetivo, verdadero*, pero esto no es nada obvio. Uno de los teóricos de la ciencia más influyentes en nuestro siglo, K. Popper, basó toda su concepción de la ciencia en la idea de

Conocimiento verdadero,

que ésta progresa gracias al método de ensayo y error, y sostuvo que nunca puede decirse de una teoría que es verdadera, sino sencillamente que es la mejor de las disponibles en un momento determinado de la evolución de la ciencia.

observable y verificable,

En relación con esto se suele pensar también que una de las características del conocimiento científico es que, a partir de la observación, logra construir leyes y teorías que son verificables y sirven para explicar y predecir nuevos fenómenos. Ahora bien, aparte de que la observación y la verificación no juegan, obviamente, ningún papel en las llamadas ciencias *formales* (como la lógica o la matemática), lo que obligaría a considerar a éstas como instrumentos científicos más que como ciencias en sentido estricto, el esquema anterior, que caracteriza a una concepción empirista o inductivista de la ciencia como la sostenida en este siglo por las diversas corrientes neopositivistas, presenta serias dificultades. La ciencia no puede empezar por la observación de los hechos, por la sencilla razón de que no existen hechos puros, sino más bien hechos *interpretados* a través de alguna teoría (en otras palabras, los enunciados teóricos preceden y condicionan a los enunciados observacionales). Además, mediante la inducción es imposible establecer lógicamente leyes universales: aunque hayamos realizado muchas veces y en circunstancias muy distintas la operación de calentar un cuerpo metálico y observado que se dilata regularmente, no podemos inferir de ahí —con necesidad lógica— que el enunciado universal «*todos* los metales se dilatan con el calor» haya de ser verdadero. En sentido estricto, el enunciado en cuestión no puede ser verificado, puesto que los únicos enunciados que pueden someterse a verificación son los enunciados singulares (los que afirman que «tales y cuales trozos de metal se dilatan con el calor»). Por eso, Popper no basó su concepción de la ciencia en la inducción. Según él, las teorías científicas se construyen como hipótesis o conjeturas provisionales con el objetivo de solucionar problemas no resueltos por las teorías anteriores. Y aunque nunca se puede demostrar que una teoría científica es verdadera, sí es posible probar, apelando a los resultados de la observación y a la experimentación, que algunas son falsas.

falsable,

Para seguir con el ejemplo anterior, el enunciado «todos los metales se dilatan con el calor» sería necesariamente falso si apareciera un metal en el que se observara que no sucede tal cosa. Así pues, una buena teoría científica es una teoría que, aun pudiendo ser refutada, no lo es; es decir, resiste la falsación to-

das las veces que se somete a prueba. Pero el problema que se le presenta también a Popper es que si los hechos, las observaciones, dependen efectivamente de las teorías, entonces las teorías mismas no se pueden falsar de modo concluyente, pues es posible que los enunciados observacionales que sirven de base para la falsación, resulten ellos mismos falsos a la luz de posteriores progresos (es decir, cuando se interpretan desde la perspectiva de una nueva teoría). Hay, además, otro serio argumento que oponer tanto a los inductivistas como a los falsacionistas, y es el siguiente: la historia de la ciencia muestra que el desarrollo del conocimiento científico no ha tenido lugar de acuerdo con los esquemas que estos autores nos proponen.

metódico,

De lo anterior se desprende que el conocimiento científico no es tampoco un conocimiento *metódico*, en el sentido de que no existe un método que permita probar que las teorías científicas son verdaderas, ni tampoco otro que permita refutarlas de modo concluyente; como también es inexistente un método que permita *descubrir* teorías científicas. Este escepticismo metodológico ha hecho que algún autor, como P. Feyerabend, haya llegado a postular como teoría de la ciencia el anarquismo epistemológico. Como no hay ningún criterio que guíe de manera segura el trabajo del científico, la única regla que cabe postular es la de que «todo vale». Por lo tanto, lo que debe procurarse es la proliferación de teorías, el pluralismo metodológico, lo cual acerca la ciencia a actividades como la poesía, la magia o la religión. Sin embargo, no es necesario, ni seguramente conveniente, ir tan lejos como ha ido Feyerabend. Es posible compartir con él la idea de que, en efecto, no hay un método científico en el sentido antes indicado, pero pensar que las teorías científicas son, en algún sentido, *totalidades estructuradas*. Para I. Lakatos, por ejemplo, esas estructuras forman lo que él denomina un *programa de investigación* que consta, esencialmente, de una serie de hipótesis teóricas muy generales, el *núcleo central* del programa, que no se pueden modificar ni rechazar (porque así se ha convenido); y de un *cinturón protector*, esto es, de hipótesis auxiliares, condiciones iniciales, etcétera, que protegen al núcleo de la falsación (Lakatos se propone, en realidad, mejorar el modelo de ciencia popperiano) y que es aquello que puede modificar —respetando ciertas reglas— el científico que trabaja dentro de un programa. A su vez, un programa de investigación debe ser coherente y proporcionar un plan definido para la investigación futura, y debe llevar —por lo

menos de cuando en cuando— al descubrimiento de nuevos fenómenos (es decir, debe ser un programa *progresivo* y no *degenerativo*). A pesar de la cautela metodológica de este planteamiento, el principal problema que presenta es que no parece fácil establecer, en un momento dado, cuál de dos programas rivales es más progresivo, ni tampoco cuándo un programa se ha vuelto definitivamente degenerativo. En conclusión, si en la concepción de Lakatos puede hablarse de método científico, es en un sentido bastante lato.

abierto y progresivo,

Otra de las notas que se supone adornan a la ciencia es su carácter *no dogmático, abierto* (es decir, capaz de revisar constantemente sus propios presupuestos) y, por tanto, *progresivo*. Un aspecto central de la teoría de la ciencia de Kuhn es, precisamente, el problema del progreso científico, que él resuelve en el sentido de negar que exista un progreso acumulativo, es decir, una sucesión de teorías que se refieren a un mismo objeto, a unos mismos hechos, de los cuales van proporcionando explicaciones y predicciones cada vez más potentes y exactas; el progreso en la ciencia es de otro tipo. En opinión de Kuhn, lo que diferencia a la *ciencia normal*, a la ciencia madura, de la preciencia es que la primera está regida por un solo *paradigma*. Un paradigma es un conjunto de leyes, supuestos teóricos y principios metafísicos u ontológicos que todos los científicos normales —los que trabajan dentro del paradigma— aceptan sin discusión. Puede decirse que lo que caracteriza a la ciencia madura, en cierto sentido, no es tanto su espíritu crítico o abierto, sino su espíritu dogmático. Ahora bien, el dogma cumple en la investigación científica una función positiva, ya que permite acotar problemas y permite también reconocer «anomalías» que funcionan como un acicate para efectuar nuevos descubrimientos. ¿En qué sentido cabe, pues, hablar aquí de progreso científico? Según Kuhn, en el desarrollo de la ciencia cabe distinguir dos tipos de situaciones distintas. En los períodos de desarrollo que denomina *ciencia normal*, la aceptación por la comunidad de los científicos de un mismo paradigma hace que se pueda hablar también de un mismo lenguaje observacional y, en consecuencia, que se puedan comparar entre sí teorías alternativas y elegir la más progresiva, la que mejor se adecua a los hechos (interpretados a través del paradigma). Sin embargo, en los períodos de *ciencia extraordinaria* en los que existe un paradigma en trance de ser sustituido por otro no hay manera de dirimir la cuestión de qué teoría es preferible, por más pro-

gresiva, pues al faltar un lenguaje observacional común, las teorías no pueden compararse; lo único que cabe aducir aquí son razones de tipo psicológico, sociológico, etcétera.

neutral.

En fin, una característica que se suele postular del conocimiento científico es que —a diferencia de la filosofía o de la ideología— se trata de un conocimiento *neutral*, desinteresado y completamente ajeno a lo que puedan ser los juicios de valor o la ideología que los científicos sustentan en el terreno de lo político, de las creencias religiosas, etcétera. Hoy, sin embargo, se suele insistir en el hecho de que no es posible trazar una distinción tajante entre ciencia y filosofía, desde el momento en que el científico, inevitablemente, tiene que adoptar determinados presupuestos ontológicos y valorativos —es decir, filosóficos— que tienen importantes repercusiones para la ciencia (como hemos visto, en la teoría de Kuhn estos elementos contribuyen incluso a integrar un paradigma). Además, la ciencia no parece ser neutral ni en cuanto a su génesis ni en cuanto a sus desarrollos y resultados. Baste pensar que la orientación esencial de la ciencia viene determinada por las necesidades de la industria, y en nuestros días las de la industria de armamento; es decir, la investigación científica está gravemente limitada en la práctica. Por otro lado, el problema de qué investigar y de cómo utilizar los conocimientos científicos plantea algunos de los problemas éticos más graves de nuestro tiempo y a los que el científico no puede renunciar bajo el pretexto de que son de la competencia del político, del filósofo o del ético.

Ciencia y teoría de la ciencia.

Como el lector habrá advertido, el lenguaje utilizado en estas últimas páginas no ha sido un lenguaje científico, sino *meta*-científico; los nombres de autores que se han traído a colación no lo son de científicos en sentido estricto, sino de teóricos o filósofos de la ciencia (aunque, naturalmente, no es imposible que un mismo autor haga una y otra cosa: ciencia y teoría de la ciencia). A diferencia de la teoría del conocimiento en general, la teoría de la ciencia es una disciplina filosófica relativamente reciente, ya que su objeto de estudio, la ciencia moderna, es una creación cultural que tiene una historia de sólo cuatro o cinco siglos. Ahora bien, es preciso tener en cuenta que la reflexión sobre la ciencia no ha dado lugar solamente a una filosofía de la ciencia, sino también a disciplinas que son en sí mismas científicas, como la historia o la sociología de la ciencia. Como es lógico, todas estas distinciones pueden trasladarse

con algunas precisiones al mundo del Derecho, donde cabría distinguir, por tanto, los siguientes niveles: el nivel del Derecho en sí, es decir, del Derecho positivo en cuanto conjunto de normas, órganos, instituciones, etcétera; el nivel —que no siempre se puede distinguir con nitidez del anterior— de la ciencia o ciencias del Derecho: como hemos visto, junto a la jurisprudencia tradicional se han ido configurando históricamente otras disciplinas jurídicas como la sociología del Derecho, la teoría general del Derecho, el Derecho comparado, etcétera; el nivel de la teoría de la ciencia jurídica, es decir, descripción y propuesta de modelos de la(s) ciencia(s) jurídica(s). En este último nivel es donde se sitúan los apartados 1 y 2 de este capítulo y donde se situarán también los apartados siguientes en los que analizaremos las concepciones de la ciencia jurídica de autores como Kelsen, Ross, Hart y Bobbio.

Derecho.

Ciencia(s) del Derecho.

Teoría de la ciencia jurídica.

En el siglo xx, la filosofía de la ciencia se ha desarrollado sobre todo dentro del contexto de la filosofía analítica, tomada esta expresión en el sentido amplio antes fijado y que incluiría tanto a autores neopositivistas en sentido estricto (Carnap), como a filósofos ajenos o críticos de este movimiento (Popper). Según Maguerza, en líneas generales, la filosofía analítica de la ciencia podría caracterizarse por los siguientes puntos. 1) Reducción de la ciencia a lenguaje y de la tarea del filósofo analítico, en esencia, al análisis lógico de dicho lenguaje. 2) Posibilidad de distinguir en la ciencia entre un lenguaje teórico y un lenguaje observacional, junto con unas reglas de correspondencia que permitan conectar los enunciados teóricos con los observacionales. La independencia postulada entre teoría y observación es lo que permite hablar de verificación y de progreso científico: con respecto a unos mismos hechos van apareciendo teorías que ofrecen explicaciones de los mismos cada vez más completas y exactas. 3) Separación entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación. En el primero, la ciencia es vista como proceso; lo que interesa aquí es mostrar cómo se genera y desarrolla el conocimiento científico, lo que en opinión de los filósofos analíticos es una tarea que no compete a los filósofos, sino a los sociólogos e historiadores de la ciencia. En el contexto de justificación, el único que considera el filósofo analítico, la ciencia se concibe como producto, resultado; lo que interesa aquí es mostrar cómo se estructura la ciencia, cuáles son los métodos de validación que utiliza, etcétera. Vista desde otra perspectiva, la diferencia entre uno y otro contexto

La filosofía de la ciencia analítica.

La ciencia como lenguaje.

Lenguaje teórico y lenguaje observacional.

Contexto de descubrimiento y contexto de justificación.

estriba en que en el contexto de descubrimiento lo que interesa es la ciencia tal y como *es*, mientras que en el contexto de justificación lo que importa es cómo *debe ser* la ciencia, cuáles son las reglas del método científico.

Crítica a la anterior concepción.

Pues bien, la revisión de estos presupuestos a partir de la década de 1960, que ha generado también una concepción diferente de la ciencia, ha corrido a cargo, sobre todo, de una serie de autores procedentes de la propia tradición analítica, como Kuhn, Lakatos o Feyerabend. Lo que caracteriza a este movimiento renovador, y ahora presentamos más sistemáticamente una serie de puntos que ya se han avanzado antes, sería: 1) Negar que la ciencia pueda reducirse a lenguaje. Nadie duda de la importancia del aparato lingüístico en cualquier ciencia, pero parece que la ciencia implica también, de manera necesaria (además de «un lenguaje bien hecho»), aspectos y planos que no son puramente lingüísticos. En efecto, la ciencia no podría concebirse al margen de sus aspectos institucionales —la «comunidad de los científicos» ha pasado ahora a un primer plano de importancia— o incluso de aspectos tan materiales como puedan ser los aparatos científicos. 2) Rechazar que pueda establecerse una diferencia clara entre el lenguaje teórico y el observacional, entre teorías y hechos. Como hemos visto, hoy se suele insistir en que no hay hechos puros —los hechos son siempre hechos interpretados, dependientes de alguna teoría— lo cual obliga a replantearse el problema del método y del progreso científico. 3) Finalmente, y en cierto modo como consecuencia de lo anterior, la distinción entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación resulta harto problemática. Ha sido Kuhn sobre todo quien ha puesto de manifiesto que el problema de la comparabilidad entre teorías, que tradicionalmente se había tratado en el contexto de justificación, sólo puede resolverse situándose en un plano distinto, en el contexto de investigación. Es decir, el conflicto entre teorías no puede dirimirse *de iure*, precisamente porque las teorías no son comparables entre sí (al faltar un lenguaje observacional común), de manera que lo único que cabe es plantear la cuestión *de hecho*: cómo y por qué los científicos prefieren una de las teorías alternativas, lo cual es un problema a resolver por la sociología y la historia de la ciencia.

El prestigio de lo científico.

Ahora interesa efectuar un par de puntualizaciones. La primera es que, a pesar de que muchas de las ideas que se acaban de exponer van dirigidas a «desmitificar» una cierta concepción

de lo científico, sin embargo son muy pocos los autores que han dejado de ver en la ciencia —con todas sus limitaciones y «contaminaciones»— el principal modelo disponible de conocimiento racional. La ciencia y lo científico siguen gozando en nuestras sociedades de un prestigio muy considerable, pues el prestigio no se mide únicamente por el nivel de ingresos económicos, y ello explica el interés y empeño que suele ponerse en calificar de «científicas» actividades intelectuales que son, seguramente, demasiado heterogéneas entre sí como para merecer un mismo nombre. Ésta es una seria dificultad de la que hay que ser consciente al tratar del concepto de «ciencia». La segunda puntualización, vinculada a la anterior, es que hasta ahora nos hemos interesado por el concepto de «ciencia» desde un plano intensional: se ha tratado de analizar cuáles son las notas que pueden servir para caracterizar el conocimiento científico. Mas para aclarar este concepto de un modo satisfactorio, es preciso completar lo anterior con un análisis de tipo extensional: hay que hacer un intento de mostrar cuál es el campo de aplicación del concepto, o, en otras palabras, es preciso ocuparse del problema de la clasificación de las ciencias.

El campo de aplicación de «ciencia».

Las diversas teorías de la ciencia a las que antes nos hemos referido tienen, por lo menos, un punto en común, y es que su objeto básico de reflexión lo constituyen las ciencias naturales, sobre todo la física, y también las ciencias formales que tienen, respecto a las primeras, un valor instrumental. Por el contrario, las ciencias humanas y/o sociales aparecen sólo muy marginalmente. O, para decirlo en la terminología que utilizamos en el capítulo primero, estas últimas parecen estar situadas en la zona de penumbra de aplicación del concepto de «ciencia».

Clasificación de las ciencias.

En términos generales, la clasificación de las ciencias con la que hoy se suele operar parte de una primera división en dos grandes grupos: formales (la lógica y la matemática) y materiales. Sigue una subdivisión de estas últimas en ciencias naturales y ciencias humanas y sociales.

Ciencias formales y ciencias materiales.

Entre las ciencias formales y las ciencias materiales se suelen establecer las siguientes diferencias (Bunge, 1971): 1) Las ciencias formales tienen como objeto entidades abstractas, objetos *ideales*, como números, functores lógicos, variables proposicionales, etcétera, mientras que las ciencias materiales estudian objetos reales, como pueden ser las sustancias químicas o los comportamientos humanos. 2) Los enunciados de las ciencias formales expresan relaciones abstractas entre signos o concep-

tos, mientras que los de las ciencias materiales se refieren a sucesos y procesos. 3) El método utilizado por las ciencias formales es exclusivamente la lógica, la deducción —de ahí que en ocasiones se hable de «ciencias deductivas»—, mientras que en el caso de las ciencias materiales, además de la lógica se emplea la observación y/o el experimento. 4) El criterio de «verdad» en el caso de las ciencias formales consiste en la coherencia de cada enunciado con un sistema de ideas, lo que asegura la verdad es la demostración. En cambio, las ciencias materiales, al operar con símbolos interpretados, no pueden conformarse con la coherencia (que es una condición necesaria, pero no suficiente), sino que requieren la verificación, entendida en un sentido muy amplio, la cual asegura en este caso la verdad.

Ciencias naturales y ciencias humanas y/o sociales.

Por otro lado, lo que separa a las ciencias naturales de las ciencias humanas y sociales puede expresarse en los puntos siguientes: 1) Las primeras se refieren a hechos, mientras que las segundas tienen como objeto de estudio acciones o instituciones humanas. 2) En consecuencia, en las ciencias naturales existe un distanciamiento entre el sujeto y el objeto de la investigación que asegura la objetividad del conocimiento; por el contrario, en el caso de las ciencias humanas y sociales lo que se produce es una proximidad (el hombre es, a la vez, sujeto y objeto de la investigación) que hace que la objetividad se torne problemática. 3) Las ciencias humanas y sociales tienen, en general, un grado de desarrollo —y, por tanto, de cientificidad— menor que el de las ciencias naturales (y, por supuesto, menor que el de las ciencias formales).

Hasta ahora se ha empleado una expresión ambigua, «ciencias humanas y sociales», con el propósito deliberado de resaltar la incertidumbre terminológica que sigue reinando en este campo y que viene en cierto modo a reflejar la incertidumbre conceptual y el carácter heterogéneo, quizás en exceso, de las distintas actividades o saberes para los que, históricamente, se han acuñado también otras expresiones como las de «ciencias espirituales», «ciencias culturales», «ciencias históricas», «ciencias morales», «ciencias del comportamiento», «humanidades», etcétera. Esta diversidad interna de las ciencias humanas —a partir de ahora se empleará preferentemente esta expresión, que ha llegado a ser la más frecuente— es algo que suelen resaltar los autores que se han preocupado de estudiar los problemas epistemológicos que plantea esta categoría de ciencias.

Algunas teorías de las ciencias humanas.

Lévi-Strauss.

Este último es el punto de vista de C. Lévi-Strauss, el cual parte de una separación tajante entre las ciencias exactas y naturales, por un lado, y las disciplinas sociales y humanas, por el otro: las primeras son ciencias y las otras no lo son, y «si se las designa no obstante con el mismo término es en virtud de una ficción semántica y de una esperanza filosófica que todavía están faltas de confirmación». Pero Lévi-Strauss establece importantes diferencias en el interior de este último grupo que merece la pena tomar en consideración. Por un lado, considera que, en el conjunto de las ciencias sociales y humanas, únicamente la lingüística puede figurar en pie de igualdad con las ciencias exactas y naturales, por tres razones distintas: *a*) porque tiene un objeto universal: el lenguaje articulado; *b*) porque utiliza un método homogéneo, cualquiera que sea la lengua particular a que se aplique; *c*) porque tal método reposa sobre algunos principios fundamentales admitidos unánimemente. Por otro lado, a efectos de una nueva organización académica, nuestro autor postula una división de las llamadas ciencias sociales y humanas en tres apartados: 1) las investigaciones humanísticas que se orientan hacia la erudición, la reflexión moral o la creación estética sin mayores pretensiones científicas y que podrían agruparse en una Facultad de «artes y letras». 2) Los estudios jurídicos, las ciencias económicas y políticas y ciertas ramas de la sociología y la psicología social, que podrían constituir una Facultad de «ciencias sociales». 3) La prehistoria, la arqueología, la historia, la antropología, la lingüística, la filosofía, la lógica y la psicología, que deberían integrar una Facultad de «ciencias humanas». La distinción entre las ciencias sociales y las humanas consistiría en que las primeras preparan para el ejercicio de una actividad profesional y para la consideración de los problemas bajo el ángulo de la intervención práctica, mientras que la perspectiva de las segundas es más universal e implica situarse fuera de cada sociedad particular, de manera que se aproximan más, en cuanto al método, a las ciencias exactas y naturales. De estas últimas —de las ciencias canónicas— las ciencias humanas han aprendido la lección de que hay que empezar por recusar las apariencias si se aspira a conocer el mundo, mientras que las ciencias sociales se benefician de otra lección simétrica, la de que se debe aceptar el mundo si se pretende cambiarlo. Es decir, cada una de ellas sólo asimila un aspecto escindido del método científico. Por eso, las ciencias

Humanidades.

Ciencias sociales.

Ciencias humanas.

humanas tienden a perderse en la vaguedad de las especulaciones filosóficas (más allá de la explicación), y las ciencias sociales (más acá de la previsión) a convertirse en una forma bastante baja de tecnología a la que se aplica el nombre desafortunado de tecnocracia.

Piaget.

La concepción de las ciencias humanas de J. Piaget tiene más de un punto de contacto con la de Lévi-Strauss. Según Piaget, no es posible efectuar una clasificación lineal de las ciencias, sino que éstas forman algo así como un círculo, en el que interaccionan entre sí. Pero las ciencias no describen siempre el mismo círculo, es decir, no se trata de un círculo vicioso, sino de un círculo en espiral, progresivo. Las primeras ciencias que se desarrollaron históricamente fueron las ciencias formales y las últimas las ciencias humanas, que son las más complejas. Las ciencias formales sirvieron de base para el desarrollo de la física, que a su vez ayudó a la aparición de la química, y esta última a la biología. La biología es la base explicativa de muchos aspectos de las ciencias sociales, las cuales, a su vez, suministran una explicación de las estructuras formales (por ejemplo, mediante la psicología genética), con lo que se cierra el círculo. Pero existen también relaciones en el otro sentido: las ciencias formales proporcionan modelos a las ciencias humanas, estas últimas han incidido de diversas maneras en la biología, etcétera. En definitiva, para Piaget, la distinción entre ciencias del hombre y ciencias de la naturaleza es insostenible, como lo muestra, por un lado, el constante intercambio de métodos entre ambas disciplinas, como es el caso de la teoría de la información o de la teoría de juegos; y, por otro lado, la evolución de la biología, la cual pone de manifiesto que no se puede considerar al hombre como separado de la naturaleza. El hombre es un ser natural y social, lo cual explica que aparezcan ciencias a mitad de camino entre la naturaleza y la sociedad (entre las ciencias naturales y las sociales), como la etología.

El círculo de las ciencias.

Todo ello enlaza con las dificultades existentes a nivel terminológico. Así, la denominación «ciencias humanas», según Piaget, no es clara, pues si con ella se hace referencia al objeto, habría otras ciencias que también tendrían como objeto al hombre, ya que en éste no se puede distinguir lo natural —lo innato— y lo adquirido; y menos aún lo sería si la denominación hiciera referencia al sujeto, puesto que todas las ciencias son creaciones humanas. Con todo, Piaget prefiere la expresión «ciencias humanas», que tiene la ventaja de ser la más utilizada,

frente a la de «ciencias sociales», que no deja de presentar dificultades: algunas de las ciencias que suelen agruparse bajo este rótulo (por ejemplo, la psicología) se ocupan de aspectos individuales y no sociales; y, por otro lado, no cabe duda de que las ciencias naturales y formales son también sociales en diversos sentidos. Con el único efecto de reflejar su situación actual, Piaget efectúa una clasificación de las ciencias humanas en cuatro grandes categorías:

Ciencias nomotéticas.

1) Ciencias *nomotéticas* (psicología, etnología, lingüística, economía, demografía) que se caracterizan porque: *a*) intentan establecer leyes (de ahí su denominación); *b*) emplean la experimentación, bien en sentido estricto, bien bajo la forma de observación sistemática; *c*) dirigen las investigaciones hacia pocas variables a la vez, al contrario de lo que ocurre, por ejemplo, en las ciencias históricas, en que las variables están enredadas en una forma inextricable.

Ciencias históricas.

2) Ciencias *históricas*, que no son simplemente la dimensión diacrónica de las otras disciplinas humanas y que se caracterizan porque: *a*) tratan de reconstruir y de comprender *todas* las manifestaciones del hombre en el curso de su desarrollo; *b*) están orientadas hacia lo concreto e individual, a diferencia de las ciencias nomotéticas, que se orientan hacia la construcción de leyes generales (hacia la abstracción).

Disciplinas filosóficas.

3) Disciplinas *filosóficas*, que Piaget caracteriza por su sentido de *totalidad* (lo que significa, negativamente, que no consiguen separar unas cuestiones de otras) y por su referencia a *valores* (lo que impide que se pueda llegar a un acuerdo generalizado). Piaget insiste también en la tendencia de disciplinas tradicionalmente filosóficas a pasar al campo de la ciencia (por ejemplo, el caso de la sociología, la psicología, la lógica o la epistemología).

Ciencias jurídicas.

4) Ciencias *jurídicas*, que son las que tratan del «deber ser» de las normas y se refieren a la validez de éstas, no al comportamiento real del sujeto. Dicho de otra manera, Piaget incluye aquí únicamente a la ciencia jurídica tradicional y no a otras disciplinas como la historia del Derecho, la sociología del Derecho o la lógica jurídica, que —habría que entender— caerían dentro de los anteriores apartados.

Un último aspecto que interesa recoger se refiere a las características que, en opinión de Piaget, habrían acompañado al

desarrollo histórico de las ciencias nomotéticas. Serían las siguientes: *a*) las ciencias nomotéticas han mostrado una tendencia hacia la comparación que es una condición indispensable para lograr una sistematización objetiva; *b*) la evolución de estas ciencias muestra también la importancia de analizar la génesis (la historia) para poder comprender los resultados; *c*) las ciencias nomotéticas han utilizado modelos tomados de las ciencias naturales, pero estos modelos, reelaborados, han vuelto a influir en las ciencias naturales (por ejemplo, las nociones de «sistema», «organismo» o «evolución»); *d*) las ciencias nomotéticas han tendido a la delimitación de los problemas (a diferencia de la filosofía) y también a la elección de métodos comunes y convergentes que posibilitan la objetividad científica. Pues bien, el interés de este análisis deriva de que la categoría de las ciencias nomotéticas se refiere —en la clasificación de Piaget— a las disciplinas humanas más desarrolladas, con mayor nivel de cientificidad. Fácil es comprender que si establecemos una comparación entre los cuatro grupos de ciencias, basándose precisamente en estas características, las ciencias jurídicas serían las más alejadas de las ciencias nomotéticas.

Bueno. La teoría del cierre categorial.

Una última concepción de las ciencias humanas a la que haré ahora una breve referencia es la del filósofo español G. Bueno. Según su teoría del *cierre categorial* —que se sitúa dentro del contexto del materialismo filosófico, lo que, por cierto, no le resta en absoluto originalidad— no es posible tampoco establecer una clasificación rígida de las ciencias. Las ciencias se definen aquí a partir de un modelo común —tomado de la estructura del lenguaje— en el que hay una serie de elementos distribuidos en los tres ejes del lenguaje —sintáctico, semántico y pragmático— que deben darse en todas las ciencias. No obstante, las ciencias podrán ser más o menos «científicas», según la potencialidad de dichos elementos; pero no cabe hablar ya, en sentido estricto, de ciencias materiales por oposición a las ciencias formales. Por ejemplo, en las ciencias formales aparecen también elementos materiales (los signos lógicos exigen, cuando menos, un soporte material); ni de ciencias naturales por oposición a las ciencias humanas o sociales, ya que los aspectos sociales, históricos o institucionales —por ejemplo, las normas establecidas por la comunidad de los científicos— son característicos de todas las ciencias.

En relación con las ciencias humanas, esta concepción se distingue de las dos anteriores por lo menos en dos aspectos que

cabe resaltar aquí. En primer lugar, para Bueno, el saber filosófico tiene un carácter sustantivo, lo cual hace que la filosofía no pueda considerarse como una de las ciencias humanas; la ciencia y la filosofía están situadas en niveles epistemológicos distintos, lo que, naturalmente, no significa negar que exista una fuerte interrelación entre ambos. El otro aspecto es que, según este filósofo español, el carácter polémico y problemático de las ciencias humanas no es puramente coyuntural —no deriva del hecho de que las ciencias humanas estén aún en *status nascens*— sino estructural.

En efecto, según la teoría del cierre categorial, lo que caracteriza a las ciencias humanas no es sólo el hecho de que en ellas el hombre sea al mismo tiempo sujeto y objeto (en este punto parece haber un consenso general), sino el estar dotadas de un doble plano operatorio: α y β. En el plano β-*operatorio*, el sujeto gnoseológico, el sujeto que construye la ciencia, tiende a aproximarse —y, en el límite, a confundirse— con los sujetos que aparecen en el campo de la ciencia, es decir, con el objeto de la ciencia. En otras palabras, las operaciones del científico dirigidas a organizar su campo están ya dadas en dicho campo. Por ejemplo, el prehistoriador que reconstruye una vasija está realizando un conjunto de operaciones similares a las que realizó un constructor de esa época; el romanista que reconstruye el proceso formulario romano —es un ejemplo del propio Bueno— está, de alguna forma, repitiendo operaciones ya realizadas por los juristas romanos. En contraposición a éste, en el plano α-*operatorio* el sujeto gnoseológico no aparece internamente en el campo de la ciencia, sino que resulta eliminado en cuanto sujeto operatorio que construye esos campos. Así, el científico que estudia los estados neuróticos suele realizar operaciones distintas a las de los sujetos por los que se interesa.

Planos operatorios.

Ahora bien, si trasladamos esta concepción al campo de la ciencia jurídica, la conclusión a la que hay que llegar es que ésta, es decir, el saber jurídico tradicional (otra cosa sería el caso de la sociología o de la lógica jurídica en cuanto lógica deóntica), parece moverse únicamente dentro de uno de estos dos planos: en el de las metodologías β-operatorias. Dicho de otra manera —y con ello se llega, en el fondo, a la misma conclusión a que nos conducían las concepciones de Lévi-Strauss y de Piaget—, lo que se entiende en general por ciencia jurídica es sobre todo y quizá solamente una técnica. Más adelante tendremos ocasión de volver sobre esta cuestión, así como de

Una conclusión común.

advertir que la distinción utilizada por G. Bueno tiene muchos puntos de contacto con la distinción entre el punto de vista interno y el punto de vista externo en relación con las normas, frecuentemente utilizada en la teoría del Derecho después de Hart. Pero antes de llegar ahí es preciso tomar de nuevo el hilo de nuestro discurso a propósito del desarrollo de la ciencia jurídica donde lo habíamos dejado: en el neokantismo y, concretamente, en Kelsen.

4.4. La teoría de la ciencia jurídica de Kelsen

Hans Kelsen ha sido, sin duda, el jurista más importante del siglo xx. Puede decirse que su intento de construir una teoría «pura» del Derecho plantea los términos de la discusión actual sobre la ciencia jurídica. En este sentido, el alcance de su obra puede compararse al de la de K. Popper en el ámbito de la teoría de la ciencia en general. Hoy en día no hay muchos kelsenianos en sentido estricto (ni tampoco popperianos), pero las corrientes más importantes de la ciencia jurídica actual son o antikelsenianas (por ejemplo, las de inspiración marxista) o poskelsenianas (las de inspiración analítica: Ross, Hart, Bobbio). Por ello, nunca lamentaremos suficientemente la escasa penetración del pensamiento kelseniano en la cultura jurídica española contemporánea.

Aunque la postura de Kelsen —en particular, en lo que se refiere al concepto de Derecho— difiere de manera considerable de la que adoptan autores neokantianos, tanto del neokantismo de Marburgo (Stammler), como del de la escuela sudoccidental alemana (Rickert, Lask, Radbruch), su proyecto de construir una teoría «pura» del Derecho es esencialmente kantiano (o, más bien, neokantiano): Kelsen trató de llevar a cabo en el campo del Derecho lo que Kant había realizado en el terreno de la razón pura, es decir, se propuso construir una auténtica *ciencia* del Derecho, elevar la jurisprudencia al rango de saber científico riguroso. Y este objetivo solamente podía conseguirse, en su opinión, depurando el objeto de estudio, el Derecho, ya que, en sentido kantiano, la ciencia crea —epistemológicamente hablando— su propio objeto. En primer lugar, era preciso separar las normas de los hechos y, por tanto, la ciencia jurídica,

Normas y hechos.

como ciencia normativa, de las ciencias de hechos, de las ciencias empíricas. En segundo lugar, se imponía distinguir el Derecho de la moral y, por tanto, la ciencia jurídica de la ética. Su definición del Derecho como «conjunto de normas coactivas» refleja precisamente estos dos aspectos: el Derecho, por su carácter normativo, es orden de la conducta, del deber ser, no del ser, mientras que la nota de coactividad es lo que permite diferenciarlo de la moral. Veamos, pues, cómo se producen ambos pasos.

Derecho y moral.

Los enunciados: *a*) «si se calienta un cuerpo metálico, entonces se dilata», y *b*) «según el Derecho penal español, quien comete delito de cohecho deber ser castigado con la pena de prisión menor y multa», son ejemplos, respectivamente, de enunciados de una ciencia natural y de una ciencia normativa (jurídica). Su estructura lógica puede representarse, según Kelsen, de la siguiente manera: *a'*) «si es A, entonces *es* B», y *b'*) «si es A, entonces *debe ser* B». Es decir, A y B (antecedente y consecuente de un condicional) aparecen enlazados, en el primer caso, mediante el verbo ser *(Sein)* y, en el segundo caso, mediante el verbo deber ser *(Sollen)*. Esto significa —y lo que importa no es propiamente el uso de una determinada partícula, sino el significado normativo o no de la expresión— que, en el primer caso, se enlazan *causalmente* dos hechos, mientras que en el segundo se trata de una conexión *imputativa*: a la conducta A (acto ilícito o delito) se le imputa la acción B (sanción). La diferencia entre las relaciones causales y las imputativas, entre una ley natural y una proposición jurídica, es la siguiente: En el primer caso, la relación entre una causa y su efecto significa que el efecto B se sigue necesariamente de la causa A; si, por ejemplo, al calentarse un cuerpo metálico no pudiera observarse en el mismo ninguna dilatación, esto supondría que la ley en cuestión que enuncia la proposición *a*) es falsa, o bien que el cuerpo dejaría de ser considerado como un metal. En el segundo caso, la sanción B puede o no (de hecho) seguir a A, pues B no es un efecto de A, sino su consecuencia jurídica: la proposición que expresa el enunciado *b*) sigue siendo igual de válida aunque se pueda constatar que X, Y y Z han cometido delito de cohecho, pero no han sufrido ninguna sanción. Esta particularidad está, a su vez, conectada con lo siguiente: las leyes naturales describen hechos que son independientes de la intervención humana, mientras que un enunciado de la ciencia

Ciencias naturales y ciencias normativas.

Causalidad e imputación.

jurídica se refiere a (describe) normas que han sido *puestas* por algún hombre. Mientras que la cadena de causas y efectos es ilimitada (todo tiene una causa, aunque no la conozcamos, y un efecto es siempre causa de otro efecto), el número de miembros de una serie de imputaciones es limitado (tiene un principio en el acto de creación de la norma —si se quiere, en la norma fundamental— y un final en el acto de aplicación de la norma —si se quiere, en la ejecución de la sentencia—). Pero en este momento se presenta la necesidad de efectuar un par de puntualizaciones.

De nuevo sobre las normas y las proposiciones normativas.

La primera consiste en recordar que el enunciado *b*), en cuanto enunciado de la ciencia jurídica, debe diferenciarse de la norma del Derecho penal español descrita en *b*): los artículos 385 y siguientes del Código penal. Es decir, una cosa es el nivel del Derecho positivo (conjunto de *normas*) y otra el de la ciencia del Derecho (conjunto de *proposiciones* normativas o enunciados normativos). Las normas son prescripciones, mientras que las proposiciones normativas son descripciones de normas. Por eso, en el modelo kelseniano la ciencia jurídica es una ciencia normativa, pero no en el sentido de que prescriba normas, sino en el de que las describe. Una distinción análoga podría hacerse entre el enunciado científico *a*) y los hechos (la realidad empírica) a que se refiere.

Proposiciones normativas y enunciados puramente descriptivos.

La segunda puntualización es que los enunciados de la ciencia jurídica —como *b*)— no se diferencian sólo de las normas, sino también de otro tipo de enunciados que se refieren al Derecho, pero utilizando el principio de causalidad, no el de imputación. Cabría decir que estos últimos son enunciados puramente descriptivos. Un ejemplo sería el enunciado *c*): «en los últimos años sólo han sido condenadas *n* personas por el delito de cohecho». El enunciado *c*) forma parte de la sociología del Derecho, pero no de la ciencia del Derecho en sentido estricto: se refiere al Derecho, pero no desde un punto de vista normativo, sino desde un punto de vista causal.

La ciencia social-normativa.

En resumen, podría decirse que la delimitación que Kelsen hace de lo que denomina *ciencia normativa* o, más exactamente, *ciencia social-normativa* se obtiene a partir de una doble distinción: desde el punto de vista de su objeto, las ciencias pueden estudiar la naturaleza o la sociedad; desde el punto de vista del método, tales objetos pueden estudiarse según el principio de causalidad o de imputación. El siguiente cuadro puede servir para aclarar estos extremos:

		MÉTODO	
		Causalidad	*Imputación*
OBJETO	Naturaleza	1) Ciencias naturales (física, química, biología...)	3) Pensamiento primitivo (precientífico)
	Sociedad	2) Ciencias social-causales (psicología, sociología, historia...)	4) Ciencias social-normativas (jurisprudencia, ética, teología dogmática)

Naturaleza e imputación.

Es decir, el enunciado *a*) podría incluirse dentro del casillero 1), el enunciado *c*) dentro del 2) y el *b*) del 4). El casillero 3) recoge las interpretaciones animistas de la naturaleza, típicas del pensamiento primitivo. Según Kelsen, los fenómenos naturales son interpretados, en un estadio primitivo de la civilización, por medio del principio de imputación. El hombre primitivo interpreta la naturaleza conforme a normas sociales, como si se tratara de órdenes (y de sus resultados) procedentes de una autoridad sobrehumana: «Cuando un acontecimiento se percibe como malo, es interpretado como un castigo por un mal comportamiento, por una ilicitud; cuando se percibe como beneficioso, es interpretado como recompensa por una buena conducta». El principio de causalidad tiene su origen en el de imputación y sólo llega a formularse en un estadio muy avanzado de la civilización, cuando la naturaleza se percibe como separada de las relaciones sociales, cuando «el hombre adquiere conciencia de que las relaciones entre las cosas, a diferencia de las relaciones entre los hombres, son independientes de una voluntad humana, o sobrehumana, o, lo que es equivalente, de que no están determinadas por normas» (Kelsen, 1979).

La concepción de Kelsen, entre el iusnaturalismo y el realismo jurídico.

El cuadro anterior puede servir también para mostrar las diferencias existentes entre el modelo de ciencia kelseniano y el del iusnaturalismo y el realismo jurídico. Según esto, la ciencia jurídica del iusnaturalismo se caracterizaría por la «natu-

ralización» de los fenómenos sociales, del Derecho. Más concretamente, puede entenderse que el casillero 3) se correspondería con el iusnaturalismo medieval en cuanto doctrina que concibe el Derecho como producto de la voluntad y/o de la razón divina, mientras que el iusnaturalismo racionalista se correspondería con el casillero 1): el Derecho natural se independiza de la idea de Dios y se asimila al resto de los fenómenos naturales (sus principios son válidos para cualquier tiempo y lugar, aunque no provengan de Dios, sino de la propia naturaleza de los hombres y de las cosas). Por el contrario, la ciencia jurídica realista, como en seguida veremos, aun considerando al Derecho como un fenómeno social, pretende estudiarlo con el método causal, y de ahí que no dé cuenta del aspecto normativo del Derecho. Su lugar es el casillero 2): los realistas harían sociología y/o psicología jurídica, pero no ciencia del Derecho en sentido estricto.

Ética y ciencia del Derecho.

El segundo paso que debe dar Kelsen es el de distinguir la ciencia jurídica de las otras ciencias normativas y, en especial, de la ética (Kelsen diferencia entre *moral*, conjunto de normas, y *ética*, estudio o ciencia de la moral). La posibilidad de una ética *científica* (es decir, de una ética que signifique en el campo de la moral lo que la teoría pura significa, o posibilita en el campo del Derecho) parece admitirla, siempre y cuando la moral no se conciba en términos absolutos, esto es, siempre que se parta de la existencia de valores morales simplemente relativos. Puede decirse, pues, que el objeto de una hipotética ética científica sería la moral, o más bien la(s) morale(s) positiva(s): de la misma manera que no existe un único Derecho, es decir, un Derecho natural, sino diversos sistemas de Derecho positivo, tampoco existe una sola moral. En todo caso, de ser posible esta ciencia ética (la teología dogmática tendría también un estatuto epistemológico análogo, como reflexión normativa sobre una determinada religión), debe distinguirse de la jurisprudencia, en cuanto que sus objetos de estudio respectivos son diferentes: la moral (positiva) y el Derecho (positivo), respectivamente. Y lo que separa al Derecho de la moral es la nota de la coactividad, que sólo puede predicarse de las normas jurídicas. Si utilizáramos una distinción que ya conocemos, y que no emplea Kelsen, entre ética descriptiva, ética prescriptiva y metaética, podríamos convenir en que estos tres niveles de estudio de la ética se relacionan con otros tantos niveles de refle-

xión sobre el Derecho (que sí tiene en cuenta Kelsen) de la siguiente manera:

Objeto	*Moral*	*Derecho*
Niveles de estudio	Ética descriptiva	Dogmática jurídica y/o sociología jurídica
	Ética prescriptiva	Política jurídica
	Metaética	Teoría general del Derecho

Tres tipos de enunciados.

Es decir, tanto sobre el Derecho como sobre la moral cabe emitir los tres siguientes tipos de enunciados: 1) los que tratan de describir dichos órdenes normativos, bien se trate de una descripción propiamente normativa (dogmática —el enunciado *b*)—), bien de una descripción simplemente causal (sociológica —el enunciado *c*)—); 2) los que pretenden prescribir normas morales o jurídicas (la política jurídica cubriría tanto los enunciados de *lege ferenda* como los de *sententia ferenda*: por ejemplo, *d*) «en una futura reforma del Derecho penal español debería aumentarse la pena para el delito de cohecho»); 3) los que pretenden analizar abstractamente los conceptos utilizados para describir o prescribir tales órdenes normativos (aquí es donde cabe incluir la teoría general del Derecho, como el enunciado *e*) «por "delito" cabe entender el acto antecedente a la sanción». Interesa aclarar que, según Kelsen, la política jurídica (al igual que la sociología del Derecho, pero por otros motivos) no formaría parte de la ciencia del Derecho en sentido estricto.

Características de la ciencia jurídica.

Como resumen de todo lo dicho, se puede concluir que la ciencia jurídica propugnada por Kelsen (la dogmática jurídica y, en cierto modo, la teoría general del Derecho) es una ciencia:

Normativa.

— *Normativa*, en el doble sentido de que 1) describe normas y 2) lo hace normativamente, mediante juicios imputativos de «deber ser».

Objetiva.

— Axiológicamente neutral, *objetiva*, pues se limita a explicar el Derecho positivo, el Derecho válido, sin valorarlo (ni como bueno ni como malo). Esto no quiere decir que para Kelsen el Derecho, como vimos en el capítulo anterior, no sea susceptible de ser considerado como justo o injusto (o, si se quiere precisar más, los actos de aplicación y creación del Derecho, no el Derecho en sí), sino que ello no es función del «científico», sino del filósofo del Derecho.

Autónoma.

— *Autónoma*: separada tanto de las ciencias naturales como de las ciencias causal-sociales (la sociología) y de la ética.

Críticas a Kelsen.

Una de las dificultades que plantea la concepción de la ciencia jurídica de Kelsen radica en la naturaleza lógica de los enunciados de la ciencia jurídica (los *Soll-Sätze*) que Kelsen trata de distinguir tanto de las normas *(Soll-Normen)* como de las simples proposiciones o aserciones *(Sein-Sätze)*. Parece que estos enunciados tendrían que constituir algo intermedio entre una descripción (una proposición) y una prescripción (una norma). Kelsen habla, en efecto, de «enunciados descriptivos de deber ser», pero se ha considerado que esto constituye una *contradictio in adjectio*. La explicación de esta oscuridad parece radicar, como ha puesto de manifiesto Nino (1979), en que Kelsen trata, por un lado, de construir una ciencia jurídica puramente descriptiva (es decir, «científica» según su criterio de cientificidad), pero, por otro lado, su teoría pretende ser una racionalización de la dogmática jurídica continental que es una actividad no puramente descriptiva, sino también prescriptiva, normativa (en el sentido de productora de normas). En otras palabras, los dos objetivos que trata de cubrir Kelsen son incompatibles entre sí.

Enunciados descriptivos de deber ser.

Otro de los problemas que plantea esta concepción es el de la identificación del objeto de estudio de la ciencia jurídica, ciencia que debería ocuparse exclusivamente de las normas *válidas* (con independencia de su eficacia o justicia), y el criterio de validez de las normas viene dado por la *norma fundamental*. Según Kelsen, una norma es válida si puede hacerse derivar de otra(s) norma(s) que se considere(n) a su vez válida(s); ahora bien, si se sigue preguntando por la razón de validez de esta(s) última(s), es preciso llegar hasta una última norma cuya validez no puede derivarse ya de otra superior y a la que Kelsen denomina norma básica o norma fundamental. Sin embargo, el concepto de norma fundamental —que ha sido, cabría decir, la cruz

La norma fundamental.

de la teoría pura— no parece adecuado para preservar el carácter axiológicamente neutral y no empírico de la ciencia jurídica postulada por Kelsen.

La norma fundamental —que, según Kelsen, no es una norma del Derecho positivo: no es una norma «puesta», sino «supuesta»— prescribe el deber de respetar la primera Constitución como norma obligatoria, válida (como vimos en el capítulo anterior, el concepto de validez kelseniano envuelve dos nociones distintas: la validez en sentido lógico y la validez en sentido moral, la validez como deber de obediencia). Pero, si esto es así, al jurista teórico se le está pidiendo que para identificar su objeto de estudio parta de un postulado de carácter político, cual es la *aceptación* de la norma fundamental que, como se ha dicho, prescribe el deber de obedecer el Derecho positivo. Ésta es la razón de que más de un crítico haya considerado como sustancialmente análogas la norma fundamental kelseniana y la ley natural de los juristas iusnaturalistas. A esta objeción, Kelsen responde que la norma fundamental sólo exige una aceptación *hipotética* y relativa; la aceptación se hace por motivos puramente científicos —en otro caso no sería posible explicar el Derecho—, pero ello no implica ningún compromiso moral: la aceptación lo mismo puede predicarse de un anarquista que de un apologista del Derecho establecido.

El valor práctico de la ciencia jurídica kelseniana.

Ahora bien, para que Kelsen tuviera razón en este punto, la ciencia del Derecho por él propugnada no sólo tendría que ser puramente descriptiva, sino también una ciencia seriamente limitada en cuanto a su utilidad práctica. Sus enunciados tendrían que reducirse a establecer qué normas pueden considerarse como válidas —supuesta la validez de una norma fundamental— con entera independencia de que dichas normas pudieran cumplir o no alguna función socialmente relevante; el científico kelseniano correría así el riesgo de dedicarse a describir una serie de normas que, sin embargo, no son las que se tienen en cuenta en la práctica jurídica. Para evitar esta última consecuencia inaceptable, Kelsen tuvo que hacer depender la norma fundamental del llamado *principio de eficacia*: la norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Validez y eficacia.

Las nociones de validez y eficacia —cuya separación es uno de los postulados fundamentales de la ciencia jurídica kelseniana— aparecen, pues, confundidos en el vértice de la pirámide, en la norma fundamental. Kelsen insistió en que la eficacia no forma

parte del criterio de validez, sino que es simplemente un *presupuesto* para la validez, pero, en todo caso, lo que queda claro es que la labor del jurista teórico no puede situarse exclusivamente en el plano de la validez, en el del análisis formal de las normas. Por ejemplo, cuando el propio Kelsen trató de describir la Constitución soviética de 1936 se fijó, precisamente, en el Derecho eficaz, no en el Derecho formalmente válido (Guastini).

La conclusión de todo ello parece ser que Kelsen no ha logrado establecer con precisión en qué sentido la ciencia jurídica es una ciencia normativa ni ha logrado tampoco ofrecer un modelo convincente —es decir, coherente— de ciencia jurídica neutral y autónoma con respecto a las otras ciencias sociales.

4.5. La concepción de la ciencia jurídica en el realismo jurídico. A. Ross

Realismo americano.

Hemos hecho ya alguna referencia al realismo jurídico norteamericano en cuanto concepción del Derecho que tiende a identificarlo con los comportamientos de los jueces. Esta línea de pensamiento jurídico, que tiene sus precursores en autores como Holmes y Gray, conoció luego un importante desarrollo a través de las obras de J. Frank, K. N. Llewellyn, F. A. Hoebel, B. N. Cardozo, L. Loevinger, U. Moore, J. Hall y otros. En general, puede decirse que su tendencia —a pesar de que el problema epistemológico no estuvo en el centro de sus reflexiones— fue la de considerar a la ciencia del Derecho como una ciencia sobre hechos —sobre comportamientos— análoga a las otras ciencias humanas o sociales. Ahora bien, una investigación de estas características corre el riesgo de dejar sin explicar lo que parece ser un aspecto esencial del Derecho, su carácter normativo. Podría considerarse como sociología del Derecho más bien que como ciencia del Derecho en sentido estricto.

Realismo escandinavo.

Olivecrona.

El realismo europeo que desarrollan en los países escandinavos autores como Hägerström, Illum u Olivecrona, parte de la consideración del Derecho como un complejo de fenómenos psicológicos. Así, por ejemplo, para Olivecrona, los «derechos», «deberes» y demás entidades de que se ocupan los juristas son de carácter puramente metafísico, lo que equivale a decir que carecen de realidad. En su opinión, no hay cosas tales como

derechos y deberes; lo único que tiene existencia (empírica) son las ideas —las emociones psicológicas— que tales expresiones suscitan en la gente y que influyen en su comportamiento. Según Olivecrona, una proposición es significativa (y, por tanto, al menos potencialmente, científica) sólo si se refiere a entes observables directamente, de manera que pueda ser verificada como verdadera o falsa. Las proposiciones de los teóricos del Derecho que se refieren a «derechos», «deberes», etcétera, no aluden a hechos observables y, por tanto, no pueden considerarse como verdaderas o falsas, aunque sí como correctas o incorrectas. Tales proposiciones son correctas y proporcionan informaciones útiles cuando se hacen en conformidad con las normas del Derecho. Por ejemplo, cuando se dice «según el Derecho español el propietario en tales y cuales supuestos tiene derecho a ejercitar la acción reivindicatoria para recuperar un bien de su propiedad» se emite una información que puede o no ser correcta (y, por tanto, útil), como cuando se afirma: «en el juego del ajedrez, el jugador tiene derecho a mover el peón de tal manera». En resumen, Olivecrona distingue tres niveles de discurso en relación con el Derecho: 1) Discurso de las normas jurídicas; por ejemplo: «el propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla» (art. 348, p. 2 del Código civil). 2) Discurso sobre las normas: «el Derecho español permite al propietario ejercitar la acción reivindicatoria...». 3) Discurso sobre hechos: «cuando se dice que el propietario tiene derecho a (...) la gente cree (...) y esto influye en su comportamiento de tal manera». Los enunciados 1) y 2) no pueden pretender ser lenguajes científicos, pues no son susceptibles de verificación. Los enunciados del tipo 2) (semejantes a los *Soll-Sätze* de Kelsen) son, según Olivecrona, repeticiones de 1), es decir, son también «jugadas del juego» que sólo tienen sentido para quienes aceptan las reglas, mas no para un observador neutral. Por lo tanto, la verdadera ciencia del Derecho tendría que estar integrada por enunciados del tipo 3) y, en consecuencia, vendría a ser una combinación de psicología y sociología jurídica.

Enunciados sobre el Derecho.

La concepción de Olivecrona es, sin duda, susceptible de diversas críticas. La fundamental es que su idea de la ciencia —que trata de aplicar al campo del Derecho— descansa en un empirismo ingenuo que resulta ya francamente extemporáneo en el panorama actual de la teoría de la ciencia. Entre otras posibles objeciones bastará con señalar que en todos los dis-

cursos científicos existen proposiciones que se refieren a términos inobservables (como «átomo», «electrón», «clase social», etcétera) y que, según la concepción de Olivecrona, habría que desterrar del campo de la ciencia. Por eso, si se quiere tomar un ejemplo más refinado de cómo puede aplicarse al Derecho el concepto empirista —o neoempirista— de ciencia, es mejor centrarse en el ofrecido por Alf Ross que, por otro lado, es el autor más importante del realismo escandinavo.

Ross.

El modelo de ciencia jurídica de Ross descansa en su concepto de *Derecho vigente* con el que trata de ofrecer una síntesis del realismo norteamericano conductista y el realismo escandinavo psicológico. Combinando ambas posturas, Ross define el Derecho (vigente) como las emociones psicológicas de los jueces que determinan su comportamiento futuro. Así pues, dentro del concepto «Derecho vigente» cabe distinguir dos aspectos: 1) una realidad social, la aplicación del Derecho por los tribunales, a la que Ross llama «fenómeno jurídico» o «Derecho en acción», y 2) las normas que efectivamente operan en el espíritu del juez, porque éste las vive como socialmente obligatorias y que, por tanto, funcionan como un esquema de interpretación para poder comprender las acciones del juez y, dentro de ciertos límites, predecirlas. Las normas jurídicas son, pues, directrices sobre el ejercicio de la fuerza física dirigidas a los jueces y otros funcionarios. Esas normas constituyen Derecho vigente si los jueces se comportan, en líneas generales, de acuerdo con tales esquemas de conducta y lo hacen porque se sienten vinculados por tales ideas. En cuanto que se trata de una *abstracción* de una realidad social empírica, el concepto de norma (vigente) de Ross garantiza la conexión norma-realidad social sin necesidad de presuponer ninguna «norma fundamental» y excluye cualquier noción idealista (es decir, no realista) de validez o existencia de las normas, tanto la noción de validez formal de Kelsen (una norma es válida si ha sido dictada conforme a los criterios establecidos por las normas superiores) como la del iusnaturalismo (una norma es válida si está de acuerdo con los principios del Derecho natural). Por otro lado, el Derecho en acción y las normas son aspectos complementarios de una misma realidad —el Derecho vigente— sobre la que cabe construir un doble discurso: científico, o de primer grado, y filosófico, o de segundo grado. El siguiente cuadro permitirá darse cuenta de la organización de los saberes jurídicos según Ross:

Derecho vigente.

Los saberes jurídicos según Ross.

<table>
<tr><td>Filosofía del Derecho (o problemas iusfilosóficos) (nivel 2)</td><td>Problemas filosóficos relativos a la ciencia del Derecho</td><td>Problemas filosóficos relativos a la política jurídica</td><td colspan="2">Parte de la filosofía social (no tiene carácter particular)</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Ciencia(s) del Derecho (nivel 1)</td><td>Derecho comparado

CIENCIA DEL DERECHO

Historia del Derecho
Dogmática jurídica</td><td>POLÍTICA JURÍDICA</td><td colspan="2">SOCIOLOGÍA DEL DERECHO

Sociología aplicada | Sociología fundamental</td></tr>
<tr><td>Derecho vigente (nivel 0)</td><td colspan="2">NORMAS</td><td colspan="2">DERECHO EN ACCIÓN</td></tr>
</table>

Las líneas discontinuas indican que las fronteras son fluidas, ya que no puede establecerse un límite rígido: ni entre las distintas partes de la ciencia jurídica (fundamentalmente, entre la ciencia del Derecho en sentido estricto, que estudiaría las normas, y la sociología del Derecho, que se ocuparía del Derecho en acción) o de la filosofía del Derecho; ni entre la ciencia y la filosofía (Ross prefiere hablar de problemas filosóficos más bien que de filosofía, pues para él estas investigaciones no tienen un carácter sustantivo, sino que vendrían a configurarse como un saber de segundo grado, como una reflexión sobre la ciencia); ni tampoco entre la ciencia del Derecho y el Derecho, aunque la distinción entre norma jurídica y proposición jurídica sea considerada por Ross como de una gran importancia lógica. Por otro lado, la política jurídica, en cuanto discurso sobre lo que debería ser el Derecho, no constituye para Ross una verdadera ciencia, o mejor dicho, en la medida en que es sociología aplicada y estudia, por ejemplo, los efectos previsibles de modificar una ley en determinado sentido, es una técnica (aplicación de conocimiento científico-sociológico), y en la medida en que

es *decisión* de lo que debería ser el Derecho (emisión de proposiciones de *lege ferenda*, sobre lo que deberían ser las normas, y de *sententia ferenda*, sobre lo que debería ser el Derecho en acción) no es actividad racional.

Características de la ciencia jurídica.

Si ahora nos situamos en un plano metacientífico (el del casillero superior izquierda), la ciencia jurídica en sentido estricto (la dogmática jurídica) elaborada según el modelo de Ross se caracterizaría (Hierro) por ser:

Normativa.

1) *Normativa*, en el sentido de que su objeto son las normas; pero ella misma no consiste en normas, sino en proposiciones acerca de las normas, sobre el Derecho vigente. Un ejemplo de tales enunciados sería el siguiente: *a*) «D es una norma vigente del Derecho Y».

Empírica.

2) *Empírica.* Un enunciado como *a*) se refiere en última instancia a un *hecho social.* Viene a significar lo siguiente: «Los jueces, en general, sienten el modelo de conducta establecido en D como vinculante y lo aplican en la práctica». Por ello las proposiciones de la ciencia jurídica son *verificables*, es decir, susceptibles de contrastación empírica y, por tanto, de ser consideradas como verdaderas o falsas. La verificación del enunciado *a*) consistiría en la observación de las decisiones de los jueces. «Si efectivamente los tribunales aplican la directiva D [elemento de conducta, físico] y lo hacen porque la consideran obligatoria [elemento psicológico], entonces la proposición es verdadera; si no la aplican o no la reputan obligatoria (aunque la apliquen), entonces la proposición es falsa.»

Predictiva.

3) *Predictiva.* Como consecuencia de lo anterior, las proposiciones de la ciencia jurídica permiten *prever* el futuro comportamiento de los jueces. Es decir, permiten conocer que en el futuro (y en situaciones apropiadas) se aplicará tal norma. Las predicciones, sin embargo, sólo son posibles con ciertas restricciones: *a*) es necesario que el Derecho permanezca estable, si bien cabe hablar hasta cierto punto de previsión en el caso de que el cambio se haya producido de manera no revolucionaria; *b*) la previsión se refiere sólo a un aspecto de la decisión del juez (pero la decisión también es producto de otros elementos no normativos); *c*) la propia predicción puede influir en el elemento a prever: a diferencia, por ejemplo, de la predicción del hombre del tiempo que, como tal, no influye en el tiempo atmosférico, las de la ciencia jurídica sí que lo hacen en el futuro comportamiento de los jueces (dependiendo del prestigio, la

ocasión, etcétera), lo que muestra, al mismo tiempo, que no puede establecerse un límite estricto entre el discurso sobre las normas y el discurso de las normas; *d*) a la postre, este aspecto predictivo de la ciencia jurídica realista parece llevar a la paradoja de que «mientras más efectivo es el acatamiento que una regla recibe en la vida jurídica extrajudicial, más difícil es verificar si posee vigencia, por cuanto los tribunales tienen una oportunidad mucho menor de manifestar su reacción».

Crítica.

4) *Crítica*, en el sentido de que la ciencia jurídica construida según el modelo de Ross sería una *alternativa* a la dogmática jurídica tradicional, y no una «reconstrucción» de la misma como ocurría —o debía ocurrir— con el modelo kelseniano. La ciencia del Derecho de Ross consiste en la descripción del Derecho vigente, pero su teoría de la ciencia jurídica tiene un carácter fuertemente *prescriptivo*: no se limita a describir lo que, de hecho, hacen los «científicos» del Derecho, sino que pretende prescribirles un determinado modelo de ciencia.

Críticas a Ross.

Veamos ahora cuáles han sido las críticas más frecuentes dirigidas a esta concepción de la ciencia jurídica.

Ciencia del Derecho, y sociología del Derecho y política jurídica.

En primer lugar, la concepción de Ross no permite distinguir la ciencia del Derecho en sentido estricto de la sociología del Derecho, por un lado, y de la política del Derecho, por el otro. Para Ross, la sociología del Derecho se ocupa del Derecho en acción, mientras que la ciencia del Derecho en sentido estricto lo hace de las normas jurídicas. Pero una y otra disciplina estudian aspectos distintos de una misma realidad. Ciertamente, es bastante discutible si esta falta de distinción constituye o no un inconveniente: la propuesta de una ciencia del Derecho unida a (o separada de) la sociología del Derecho es una de las cuestiones más debatidas en la teoría contemporánea de la ciencia jurídica. Pero lo que parece incuestionable es que el científico rossiano debería contar con una preparación sociológica que no es frecuente encontrar entre los cultivadores de la dogmática jurídica. Por otro lado, los límites de la política jurídica en relación con la ciencia jurídica en sentido estricto (y también en relación con la sociología) no parecen estar nada claros, desde el momento en que Ross reconoce que una proposición de la ciencia del Derecho puede influir en el comportamiento futuro de los jueces, lo que significa atribuir a la misma un significado prescriptivo, *político*. A diferencia de Kelsen, Ross renuncia a una ciencia del Derecho netamente separada de la sociología

y de la política, pero esto no quiere decir que renuncie a la idea de la pureza de la ciencia, sino que es consciente de que se trata de un *ideal* que debe guiar la realidad, aunque ésta no coincida nunca con aquél. Lo que Ross parece pedirle al científico del Derecho no es que renuncie a formular valoraciones —a hacer política jurídica—, sino que sea consciente de cuándo hace una cosa u otra y lo explicite así en su discurso. A mi modo de ver las diferencias en este punto con Kelsen no son decisivas.

El valor de la ciencia jurídica rossiana.

En segundo lugar, el valor de la ciencia empírica de Ross es bastante discutible (Jori, 1976). De un lado, porque las previsiones de esa ciencia son difíciles de establecer. Como hemos visto, Ross es consciente de algunas de las dificultades que comporta su proyecto, pero quizá no lo sea de otras. La verificación y la predicción sólo es posible sobre la base de una o varias leyes generales. Así, por ejemplo, la ley general «los metales se dilatan con el calor» es lo que permite predecir que el trozo X del metal Y se dilatará en el tiempo t si se le somete a determinado grado de temperatura. En el modelo de ciencia jurídica de Ross parece que, por lo menos, habría que presuponer los dos siguientes enunciados generales: 1) «los jueces toman sus decisiones determinados, en general, por ideas normativas comunes»; 2) «quien se siente vinculado por normas se comporta, en general, conforme a ellas». Ahora bien, 1) parece suponer la existencia de una homogeneidad social, ideológica, etcétera, entre los jueces que seguramente no se da, al menos en toda situación o país; y para que 2) no fuese un enunciado puramente tautológico, vacío, sería preciso que sus dos términos («sentimiento de vinculatoriedad» y «comportamiento») se definieran de manera independiente, lo que no parece ocurrir en el modelo de Ross.

Por otro lado, y abundando en lo anterior, las previsiones de esa ciencia, en el caso de que fueran posibles, resultarían escasamente relevantes. M. Jori ha escrito que se trataría de previsiones *vacías*, porque el elemento a prever (el comportamiento futuro de los jueces) es la única prueba del elemento en que se basa la previsión (sentimiento de vinculatoriedad); *precarias*, pues la capacidad de prever depende del establecimiento de unas hipótesis (entre otras, las antes indicadas) de las que no sabemos nada; y *superficiales*, pues, en el mejor de los casos, lo previsto son tan sólo *comportamientos verbales* (el hecho de que los jueces utilizarán determinadas expresiones en la formulación de sus decisiones).

Un modelo poco «realista».

En tercer lugar, la ciencia jurídica propuesta por Ross, dado que sólo tendría que ocuparse de la descripción del Derecho vigente (con independencia de que lo consiga o no), vendría a distanciarse mucho de la actividad real del cultivador de la dogmática jurídica. La tarea fundamental de este último (con independencia de lo que él mismo crea estar haciendo) parece que consiste en proponer soluciones o en efectuar interpretaciones en casos dudosos o difíciles, y en ningún caso puede reducirse a una labor puramente descriptiva (como antes hemos visto, ésta es una crítica aplicable hasta cierto punto al modelo kelseniano). Pero, además, el objeto de la ciencia jurídica realista (el Derecho vigente) hace que queden fuera de su campo de estudio (y en esto se diferencia del modelo de Kelsen) muchas de las normas válidas (entendida la validez en un sentido formal) de las que suelen ocuparse los juristas, e incluiría dentro de su campo de estudio muchas otras que el jurista dogmático no suele considerar, por lo general, objeto de su ciencia como las costumbres *contra legem*, o las costumbres judiciales. El riesgo que se corre en este caso, riesgo de una teoría de la ciencia jurídica en exceso prescriptiva, es que la dogmática jurídica tradicional no quede *superada* sino que, por el contrario, siga sustancialmente en vigor *al lado de la verdadera ciencia empírica del Derecho.*

El concepto de Derecho y de ciencia jurídica.

En cuarto lugar, y finalmente, es preciso advertir las conexiones existentes (como ocurría en el caso de Kelsen) entre el modelo de ciencia jurídica y el propio concepto de Derecho. No sólo es el concepto de Derecho el que influye en el modelo de ciencia, sino también a la inversa. Que Ross considere que el Derecho vigente es un conjunto de directrices dirigidas a los jueces y, por tanto, que el destinatario de las normas jurídicas sean los jueces (en general, los funcionarios) y no los ciudadanos, puede ser una consecuencia de su concepto verificacionista y predictivo de ciencia: si prever la conducta futura de los jueces, incluso en países donde éstos integran una clase social y cultural homogénea, presenta enormes dificultades, pretender hacer lo mismo con la conducta y actitud de los ciudadanos en general sería una tarea que ni siquiera un Hércules podría acometer.

Insuficiencias del empirismo.

En resumen, el modelo de ciencia de Ross —claramente prepopperiano— hoy es ya un modelo desfasado. El empirismo de Ross resulta en exceso crudo (sin llegar al extremo del de Olivecrona), y su aversión hacia la metafísica es probablemente

exagerada. Como hemos visto, en la teoría de la ciencia contemporánea existe un cierto consenso en aceptar que toda ciencia descansa en ciertos presupuestos muy generales que no son científicos sino, cabría decir, ontológicos (mejor que «metafísicos»). Por otro lado, su concepción excesivamente estrecha de lo que puede considerarse como *racional* es lo que le llevó a defender en el terreno de la justicia una concepción agudamente no cognoscitivista que tuvimos ocasión de criticar en el capítulo anterior. Pese a todo ello, en Estados Unidos y en Escandinavia el realismo jurídico ha jugado un papel muy importante en la desmitificación de muchos aspectos de la dogmática jurídica tradicional y en el desarrollo de nuevas disciplinas jurídicas como la sociología, la psicología, la lógica o la informática jurídicas. Su modelo de ciencia jurídica se adecua en bastantes aspectos a las necesidades de las sociedades industriales avanzadas, si bien hay que reconocer que trata más de adecuarse a ellas que de cambiarlas.

4.6. La concepción de la ciencia jurídica de Hart

En el capítulo anterior efectuamos una caracterización amplia de la filosofía analítica que permitió incluir dentro de este movimiento a autores como Kelsen, Ross, Hart y —añadimos ahora— Bobbio. Hemos visto ya que el modelo de ciencia jurídica de Kelsen parte en realidad de la concepción de la ciencia del neokantismo, y más adelante veremos que ha sido Bobbio, en una de sus etapas teóricas, quien se ha encargado de trasladar el modelo de Kelsen a una concepción neoempirista de la ciencia. Ross, por su parte, ha tratado de encaminar a la ciencia jurídica por la senda del neopositivismo con los resultados que acabamos de mostrar. Pues bien, a diferencia de todos estos autores, Hart no ha efectuado un planteamiento explícito de la cuestión, pero a partir de sus obras se puede reconstruir una concepción de la ciencia jurídica cuyo interés es indudable.

Como ha escrito M. Jori (1976), el hecho de que Hart no se haya preocupado por construir una teoría de la ciencia jurídica parece obedecer a las dos siguientes razones, vinculadas entre sí. En primer lugar, Hart pertenece a un país de tradición jurídica distinta a la de los autores antes mencionados; la llamada «dog-

mática jurídica» es, esencialmente, un producto de la Europa continental, mientras que en los países del *common law* la expresión *legal science* tiene habitualmente un significado poco encomiástico que se asocia con el «Derecho de los libros» frente al «Derecho en acción». En segundo lugar, las profesiones jurídicas, en general, gozan en los países del *common law* de un alto prestigio, de manera que no se siente mucho la necesidad de justificar la labor de los juristas y de buscarle modelos alternativos.

Norma y hábito.

El punto de partida para reconstruir el modelo de ciencia jurídica hartiano es la noción de *norma* que, como hemos visto, es el elemento esencial de su concepción del Derecho. Ahora bien, para aclarar el concepto de norma (trátese de normas jurídicas, de normas morales o de cualquier otro tipo de norma social), Hart trata de distinguir una norma de un mero hábito y halla la diferencia en que en las normas se dan los dos siguientes elementos: 1) un comportamiento regular, que también aparece en los hábitos, y que viene a constituir su aspecto externo; 2) la *aceptación* de dicho comportamiento, que constituye el aspecto interno de las normas. Podríamos decir que este segundo elemento viene a ser lo que Ross llamaba «sentimiento de vinculatoriedad», pero despsicologizado, y esta diferencia se traduce en que la concepción de Hart resulta ser considerablemente más flexible que la de Ross. Para aquél, una norma se puede aceptar por muchos motivos: temor, razones éticas, etcétera. Además, para que se dé el elemento de aceptación basta con la existencia de una cierta actitud que debe traducirse en el uso de cierto lenguaje deóntico («es obligatorio...», «X tiene derecho a...», etcétera). Hart logra así dar cuenta del elemento de permanencia consustancial a la idea de norma y que se escapa cuando ésta se reduce a la existencia de determinadas emociones o sentimientos; por ejemplo, en la teoría de Hart, una norma puede existir aunque no despierte ningún tipo de emoción psicológica en un juez o en un funcionario (acaso porque la desconozcan).

A partir de aquí, Hart establece una distinción que ya nos es conocida entre dos distintos tipos o niveles de discurso. El primero de estos niveles se corresponde con el lenguaje *de* las normas. El segundo es el lenguaje *sobre* las normas, en el que, a su vez, cabe efectuar una importante distinción entre: 1) enunciados emitidos desde un *punto de vista interno*, es decir, formulados por alguien que forma parte del grupo y acepta las

Punto de vista interno y punto de vista externo.

normas, dando lugar así a afirmaciones internas; y 2) enunciados emitidos desde un *punto de vista externo*, esto es, los que formula un observador desde fuera del propio ordenamiento y que dan lugar a afirmaciones externas.

Enunciados internos.

Esta última distinción de Hart ha sido desarrollada por otros autores (en especial por Jori). Así, en 1) se pueden distinguir todavía: A) Afirmaciones jurídicas internas hechas con referencia a normas *aceptadas* en sentido pleno por quien efectúa tales afirmaciones que, sin embargo, pueden o no formar parte de un ordenamiento jurídico eficaz; son característicamente las que integran los discursos de carácter político-moral. B) Afirmaciones jurídicas internas (serían los casos normales de enunciados internos) que tienen como base normas aceptadas por el hablante y que forman parte de un ordenamiento jurídico eficaz. Éstas serían, al menos en buena medida, las afirmaciones en las que consiste la dogmática jurídica y que componen, en realidad, un discurso híbrido, ya que, por una parte, son manifestaciones de un acto político-moral (la aceptación) y, por tanto, no podrían ser científicas; y, por otra parte, presuponen una eficacia social del ordenamiento, lo cual es una circunstancia de hecho que posibilitaría su carácter científico. C) Afirmaciones jurídicas internas hechas independientemente de la aceptación (en sentido pleno) de las normas, y tengan éstas o no eficacia social. Este tipo de discurso que, en principio, podría ser científico es, por ejemplo, el que se utiliza cuando se habla de un Derecho extranjero (Derecho comparado) o de un Derecho ya extinguido (Derecho romano, Historia del Derecho) que no es ni aceptado ni eficaz. Y en 2) cabría también distinguir entre: A) Afirmaciones externas efectuadas por un observador moderado que, desde fuera, intenta describir la aceptación de las normas. B) Afirmaciones externas efectuadas por un observador que se limita a describir los comportamientos. En realidad, este último tipo de observador no daría cuenta del Derecho, puesto que estaría prescindiendo de uno de sus componentes esenciales. Si no se tiene en cuenta el elemento de la aceptación, no se puede entender lo que es una norma: sería como si alguien tratara de describir los movimientos de una partida de ajedrez prescindiendo de las reglas del juego.

Enunciados externos.

La aceptación.

Así pues, en el esquema de Hart juega un papel fundamental la noción de aceptación: para que un ordenamiento jurídico exista debe ser aceptado o, en otras palabras, debe ser eficaz. Sin embargo, es suficiente con que el ordenamiento sea acep-

tado por los funcionarios y obedecido por el resto de la población en general, e incluso bastaría con que fuese aceptada su regla de reconocimiento que suministra el criterio que permite individualizar las otras normas. En definitiva, el objeto de la dogmática jurídica, las normas válidas, serían aquellas que cumplen los requisitos de la regla de reconocimiento, aunque algunas de estas normas resulten inaplicadas. A diferencia de lo que ocurría en Ross, la eficacia se predica ahora del ordenamiento jurídico en su conjunto. Y, por otro lado, la existencia de la norma de reconocimiento es, para Hart, una simple cuestión de hecho, lo que le permite obviar algunos de los problemas que planteaba la norma fundamental kelseniana. Podríamos decir que la norma de reconocimiento actúa como una bisagra entre los dos tipos de discurso (interno y externo) anteriormente distinguidos. Por un lado, su existencia es un hecho verificable mediante la observación externa (sociológica), y los enunciados que se refieren a tal hecho son afirmaciones efectuadas desde un punto de vista externo. Por otro lado, la norma de reconocimiento abre la posibilidad de un discurso interno: es el presupuesto para poder emitir enunciados internos.

La norma de reconocimiento.

En conclusión, la ciencia jurídica de Hart (o su reconstrucción) está situada en un plano intermedio entre la de Kelsen y la de Ross y presenta ciertas ventajas frente a ambos modelos. Pero ello no evita que también pueda ser objeto de diversas críticas.

Críticas a Hart.

En primer lugar, la aproximación de Hart es muy poco crítica: su método de análisis se basa en la aceptación de lo que, de hecho, hacen los juristas teóricos y no pretende otra cosa que racionalizarlo. Sin embargo —y aunque pueda parecer paradójico—, su concepción de la ciencia jurídica no tiene un carácter puramente descriptivo. Los juristas teóricos, al menos los de la Europa continental, no suelen considerar que la eficacia, la relevancia social, sea un ingrediente fundamental del discurso interno que desarrollan sobre las normas.

En segundo lugar, Hart no da cuenta de los aspectos políticos existentes en el discurso del científico del Derecho: si éste se basa, en efecto, en la aceptación de un criterio (ya sea la regla de reconocimiento, ya la norma fundamental), entonces el componente político no puede dejarse a un lado. Por otra parte —y esto es algo que queda al margen de las críticas a Hart—, es interesante constatar que la necesidad de acudir a tales expedientes para poder individualizar su objeto de estudio es una

característica que permite diferenciar a la ciencia jurídica de otras ciencias —incluso sociales— que no presentan tales problemas.

En tercer lugar, algunos de los conceptos hartianos a que antes hicimos referencia («aceptación», «punto de vista interno», etcétera) no son, en realidad, muy claros. Como ya se ha dicho, han sido otros autores, más que Hart, los que han aprovechado estas categorías para identificar los enunciados de la ciencia jurídica tradicional y distinguirlos de los de la sociología jurídica. Así, se ha dicho que la primera consiste en afirmaciones internas con significado descriptivo, mientras que la segunda estaría integrada por afirmaciones externas efectuadas por un observador que se coloca en una perspectiva externa. Pero no todos los autores han llegado a la misma conclusión. MacCormick, por ejemplo, piensa que el punto de vista del teórico del Derecho hartiano es el punto de vista externo moderado. En realidad, es posible que la distinción hartiana no sea del todo adecuada para dar cuenta del estatus lógico de los enunciados de la ciencia jurídica, de la dogmática jurídica, que probablemente habría que considerar más bien como un entretejido de afirmaciones internas y externas de diverso tipo. Así la obra de Hart acaba planteando, como la de Kelsen, la necesidad de especificar un tipo de enunciados distintos tanto de las prescripciones (de las normas) como de las simples descripciones, que deberían servir para caracterizar —al menos a nivel lingüístico— actividades como las de la ciencia jurídica, la teología dogmática o la filología, pero cuyo estatus parece ser muy difícil de precisar.

4.7. La concepción de la ciencia jurídica de Bobbio

A lo largo de su extensa obra, Norberto Bobbio se ha ocupado en diversas ocasiones del problema de la ciencia jurídica y lo ha abordado en cada momento en forma distinta.

En un par de escritos de 1950 —primera etapa teórica—, Bobbio arrancó del examen de las diversas soluciones dadas históricamente al problema de la cientificidad de la Jurisprudencia. Ante el fracaso del intento de construir una jurisprudencia de acuerdo con el canon de cientificidad tomado de las ciencias

exactas (iusnaturalismo racionalista) o empíricas (positivismo), o de elaborar otras categorías al lado de las anteriores para incluir a la ciencia del Derecho (ciencias espirituales, históricas, culturales, etcétera), Bobbio trató de plantear de nuevo el problema a partir de la transformación del concepto de ciencia que se había producido en el siglo XX. Concretamente, adoptó la concepción de la ciencia del positivismo lógico (Carnap) y llegó a la conclusión de que la jurisprudencia podía ser una ciencia en la medida en que lograra construir un lenguaje riguroso. Podría decirse que su proyecto consistió en adaptar el modelo de ciencia jurídica kelseniano a la concepción de la ciencia del positivismo lógico.

Un modelo neopositivista de ciencia jurídica.

Para el Bobbio de esta época, el objeto de estudio de la jurisprudencia está constituido por las normas, entendidas como enunciados lingüísticos. A su vez, las normas pueden analizarse: 1) desde el punto de vista del contenido de la regla —de lo regulado—, lo que da lugar a la jurisprudencia en sentido estricto (Bobbio omite, intencionadamente, usar la expresión «dogmática»); 2) desde el punto de vista de la regla en cuanto tal, es decir, de su aspecto formal, lo que da lugar a la teoría general del Derecho o teoría *formal* del Derecho. La labor de la jurisprudencia consiste en el análisis del lenguaje jurídico, y en ella pueden distinguirse tres fases. La primera radica en la purificación del lenguaje que al jurista teórico le viene dado por el legislador; se trata de establecer las reglas de uso de las expresiones, esto es, de fijar los conceptos: es lo que Bobbio llama *interpretación en sentido estricto*. La segunda fase consiste en *completar* el lenguaje jurídico, esto es, en extraer todas las consecuencias posibles a partir de las reglas de formación y de transformación existentes (unas dadas por el legislador, y otras elaboradas por los juristas). Aquí cabe incluir, como regla de transformación característica del lenguaje jurídico, la analogía. Bobbio llama a esta fase *interpretación extensiva*. Finalmente, la tercera fase es la de ordenación *(sistematización)* del lenguaje jurídico; se trata de reducir a un conjunto unitario y coherente todas las normas que integran el ordenamiento y que han sido promulgadas en momentos distintos.

Crítica

Pero esta concepción de la ciencia jurídica presenta una serie de problemas que cabría sintetizar así: 1) A pesar de que en algún momento Bobbio llega a escribir que la ciencia no es sólo lenguaje, de hecho todas las funciones de la jurisprudencia antes señaladas se reducen al análisis del lenguaje jurídico. 2) Bob-

bio parte de una concepción formalista de la ciencia en la que la coherencia, el rigor, es el único criterio de verdad. Pero si el modelo de cientificidad a seguir es exclusivamente el de la lógica, entonces la jurisprudencia no puede pretender ser una ciencia en sentido estricto (es decir, una ciencia *empírica*). 3) En la medida en que el objeto de la jurisprudencia (las normas) le vienen ya dadas al científico del Derecho y éste no puede salirse del lenguaje establecido por el legislador, su labor tiene que ser puramente filológica; consistirá tan sólo en la interpretación de un material previo. Sin embargo, ésta no parece ser una descripción adecuada de las funciones que, de hecho, cumple la jurisprudencia. 4) En conclusión, el modelo de ciencia jurídica propuesto por Bobbio en esta etapa es un modelo ya superado y que el propio Bobbio fue abandonando progresivamente.

La jurisprudencia como ciencia normativa.

En efecto, en una obra de 1967, que marca una nueva etapa teórica, Bobbio, a fin de analizar el problema de si la jurisprudencia es o no una *ciencia normativa*, diferencia tres distintos sentidos de esta expresión: 1) en cuanto al *objeto*, la jurisprudencia será una ciencia normativa si se ocupa, efectivamente, de normas; 2) en cuanto al *método*, la normatividad de la jurisprudencia depende de que analice su objeto desde un punto de vista normativo, y no desde un punto de vista causal explicativo; 3) y, finalmente, en cuanto a la *función*, la jurisprudencia será normativa en la medida en que trate de establecer normas.

Desarrollando esta clasificación de Bobbio, podría decirse que caben ocho maneras distintas de entender la normatividad de la jurisprudencia, según muestra el siguiente cuadro:

Normativa en cuanto al objeto	+	+	+	+	—	—	—	—
Normativa en cuanto al método	+	+	—	—	+	+	—	—
Normativa en cuanto a la función	+	—	+	—	+	—	+	—
	1	2	3	4	5	6	7	8

Para cada uno de estos distintos modelos puede encontrarse una concepción de la ciencia jurídica del siglo XX que lo haya realizado, con la única posible excepción del modelo (8): negación de la normatividad de la jurisprudencia en los tres sentidos. Pero el modelo por el que parece inclinarse Bobbio aquí es el modelo (2) que, por otro lado, está muy próximo al de la teoría pura kelseniana. Los cambios o matizaciones introducidos por Bobbio consisten en que el objeto de la jurisprudencia son las *normas*, pero la labor del jurista también tiene que ver con valores y, especialmente, con hechos, con la conducta efectiva a que se refieren (o de la que surgen) las normas; el método normativo es —como en Kelsen— lo que permite distinguir la ciencia del Derecho de la sociología del Derecho, y, finalmente, la función de la ciencia jurídica no consiste únicamente en describir normas, sino también en producirlas, por más que sus enunciados no puedan equipararse propiamente a los preceptos, las prescripciones, sino más bien a los consejos o recomendaciones.

Finalmente, en un escrito de 1971 que marcaría una tercera etapa teórica, Bobbio, después de analizar las causas que explican la existencia de una conexión cada vez más estrecha entre el Derecho y las ciencias sociales, especifica dos modelos distintos de ciencia jurídica que derivan de las distintas actitudes que el jurista teórico puede adoptar en relación con las tres siguientes variables: 1) Por lo que se refiere a la *variable institucional*, el sistema jurídico en que actúa puede concebirse como un sistema cerrado (las normas que componen el sistema vienen dadas *a priori*), o bien como un sistema abierto. 2) Respecto a la *variable social*, el medio en que desarrolla su labor puede entenderse como una sociedad estable, o bien como una sociedad en transformación. 3) En cuanto a la *variable cultural*, el propio Derecho puede concebirse como un sistema autónomo, autosuficiente, o bien como un sistema dependiente del sistema social global.

Para el primero de los modelos (sistema cerrado-sociedad estable-Derecho como sistema autónomo), el objeto de la ciencia jurídica son las normas previamente dadas, y la función del jurista teórico consistirá en indicar cuáles son las reglas válidas (determinación del objeto) y en interpretarlas (entendida la interpretación como una función propiamente recognoscitiva, no creativa). Para el segundo modelo (sistema abierto-sociedad en transformación-Derecho como subsistema social), el objeto de la ciencia jurídica no se encontraría exactamente en

las normas, sino más bien en los hechos sociales (relaciones sociales, intereses, hechos culturales); las normas serían las valoraciones de estos hechos, y la actividad principal del jurista no consistirá tanto en interpretar como en buscar el Derecho *in fieri*. En los países de capitalismo avanzado predomina, según Bobbio, esta segunda concepción. La consideración del Derecho como un *sistema abierto* es puesta de manifiesto por la creciente importancia de las fuentes extralegislativas y extraestatales, especialmente en las ramas jurídicas más características de las sociedades actuales, como puede ser el caso del Derecho del trabajo. La concepción de la *sociedad en transformación* implica reconocer que los cambios en la sociedad originan también cambios en el Derecho, como lo prueba la importancia creciente de las normas de organización frente a las normas de conducta; el paso de un control social basado en normas con sanción a un control social basado en normas técnicas (normas que fijan conexiones entre medios y fines); el paso de una función represiva-garantista del Derecho a una función promocional del mismo. Finalmente, hoy tiende a ponerse el acento no sobre la autosuficiencia del sistema jurídico, sino más bien sobre las relaciones del sistema jurídico con el sistema económico, político o social.

Veamos ahora un par de observaciones que cabe efectuar a propósito de estos dos modelos. La primera es que la tipología elaborada en esta última etapa se diferencia de la anterior en que Bobbio trataba antes de distinguir diversos sentidos que cabía atribuir a la afirmación de que la jurisprudencia es una ciencia normativa; mientras que ahora trata de establecer dos modelos de jurisprudencia atendiendo a la *función social* del jurista (y de la ciencia jurídica), de manera que se hace hincapié en el tercer sentido de normatividad que antes hemos distinguido. Por otro lado, en realidad Bobbio toma sólo dos modelos en consideración, pero también en este caso podrían especificarse hasta ocho, suponiendo que no se consideren las diversas variables ligadas entre sí, de manera necesaria.

La segunda observación es que Bobbio parece mostrar sus preferencias por el segundo modelo (en el sentido de estimar que hacia él se orienta la ciencia jurídica contemporánea) más que por el primero. Sin embargo, este último parece estar bastante próximo al modelo de ciencia jurídica que defendía en la que hemos considerado su primera etapa teórica, mientras que el otro modelo se aproxima mucho al de la ciencia jurídica ros-

siana. En otras palabras, Bobbio parece haber evolucionado desde la defensa de una concepción de la ciencia jurídica próxima a la de Kelsen a otra semejante a la defendida por el realismo jurídico como alternativa precisamente a la concepción kelseniana. Por ejemplo, respecto al problema de la distinción entre la ciencia del Derecho y la sociología jurídica, Bobbio mantendrá ahora la tesis de que se trata, en realidad, de perspectivas distintas de estudio de la misma relación norma-comportamiento. Y al referirse a un mismo objeto, resulta explicable el fenómeno de la duplicación de saberes que ha tenido lugar en los últimos tiempos en el interior de cada rama del Derecho: la criminología al lado del Derecho penal, la ciencia de la administración al lado del Derecho administrativo, etcétera. Según Bobbio, más que de regiones distintas del mismo continente, se trata de mapas distintos de la misma región que se integran entre sí. Naturalmente, la concepción de Bobbio no puede confundirse en absoluto con la de Ross. Entre otras diferencias, es de notar que la metajurisprudencia —teoría de la ciencia jurídica— de Bobbio, sin renunciar a cumplir una cierta función prescriptiva, es decir, a decir lo que está bien o mal, se presenta esencialmente (a diferencia de lo que ocurría en su primera etapa teórica) como una metajurisprudencia descriptiva cuyo propósito fundamental es describir en qué consiste la labor teórica de los juristas.

Ciencia del Derecho y sociología jurídica.

4.8. Marxismo y ciencia del Derecho

Al examinar la teoría de la ciencia contemporánea y, en particular, los modelos de ciencia jurídica elaborados en los últimos años, dimos por supuesto que este tipo de reflexión se había desarrollado esencialmente en el contexto de la filosofía analítica. En esto casi todo el mundo está de acuerdo. Sin embargo, no cabe duda que existen otras perspectivas desde las que afrontar el problema de la ciencia y, de un modo más concreto, el problema de la ciencia jurídica. Aquí nos vamos a ocupar sólo de una de ellas, la que se deriva de la tradición marxista. Puede parecer extraño que se haya dejado para el final la exposición de una concepción que se inspira en la obra de un pensador del siglo pasado. Pero el marxismo no ha tenido una influencia

notable en el pensamiento jurídico hasta fechas relativamente recientes, lo cual explica que para muchos autores el paradigma marxista haya funcionado como una alternativa al de la concepción analítica.

¿Es posible una ciencia jurídica marxista?

Ciertamente, desde la perspectiva de Marx y del marxismo no parece tan claro que se pueda hablar siquiera de «ciencia jurídica». Basta pensar, por ejemplo, en que el Derecho constituye, para Marx, un objeto carente de autonomía, algo que no tiene historia propia, lo cual parece excluir la posibilidad del saber jurídico tradicional que parte, precisamente, del estudio del Derecho en cuanto objeto separado —o, al menos, relativamente separado— de los factores sociales, económicos, etcétera. Por otro lado, el Derecho se configura también como un tipo de ideología que deforma y oculta la verdadera realidad de las relaciones sociales: del Derecho cabría, en principio, un análisis *externo* (histórico, sociológico, etcétera), pero no un análisis *interno*, que es el que caracteriza a la dogmática jurídica (de manera semejante, como vimos al final del capítulo primero, en la obra de Marx habría lugar para una historia o una sociología de la religión, pero no para una teología dogmática). Finalmente, si el Derecho está destinado a extinguirse, tesis que, como hemos visto, no parece claro que la sostuviera el último Marx, una reflexión sobre tal realidad no podría ser otra cosa que crítica: la crítica del Derecho y de las categorías jurídicas podría tener interés si contribuyera a facilitar o a aclarar dicho proceso de extinción; pero este tipo de actividad se parecería muy poco a la de la ciencia jurídica tradicional, dirigida a la aplicación, desarrollo y mejora de un determinado sistema jurídico.

Como veremos en seguida, una buena parte de la reflexión marxista sobre el Derecho, que desarrolla los anteriores presupuestos, se ha orientado en el sentido de negar que pueda existir una ciencia jurídica marxista elaborada según el método tradicional de la jurisprudencia. Sin embargo, juristas contemporáneos, pertenecientes sobre todo a países socialistas, han hablado de una «ciencia jurídica marxista» o «marxista-leninista» (Knapp) que se pretende diferenciar —pero seguramente sin conseguirlo, por lo menos en lo que se refiere a la cuestión del método— de la «ciencia jurídica burguesa». La explicación de esta discrepancia podría estribar en que los autores pertenecientes al primer grupo escriben sus obras en un momento histórico anterior o inmediatamente posterior al del triunfo de la

revolución soviética y/o desarrollan su actividad teórica en el contexto de países no socialistas: el marxismo aparece en sus obras como una concepción que puede ser utilizada para la crítica de las instituciones y categorías jurídicas de los países capitalistas. Sin embargo, los del segundo grupo viven dentro de un sistema jurídico que plantea problemas análogos a los que la ciencia jurídica tradicional ha tratado de dar una solución con mejor o peor fortuna; en especial, el problema de la interpretación y aplicación del Derecho.

Sobre la «teoría» marxista del Derecho

A pesar de haber tenido una formación jurídica, Marx trasladó muy pronto sus intereses, como él mismo escribió, del campo de la jurisprudencia al de la filosofía y la economía política. En consecuencia, no pretendió nunca construir una *teoría* del Derecho, pero después de él algunos marxistas pensaron que era posible edificarla a partir de sus obras: unos arrancaron para ello de los diversos fragmentos de sus escritos en que aparecen referencias al Derecho (son relativamente abundantes, pero difícilmente reconducibles a una unidad); y otros trataron de construirla trasladando el *método* de Marx (tal y como aparece expuesto y realizado en sus obras, en especial en las de temática económica) al campo del Derecho. Sin embargo, ambos intentos no dejan de presentar dificultades probablemente insalvables. En un caso, se trata de elaborar una *teoría científica* a partir de un análisis filológico; en el otro, a partir de algunas orientaciones metodológicas. Además, y por las razones antes indicadas, en ambos casos la teoría marxista del Derecho tendría muy poco que ver con la ciencia jurídica tradicional. Esa teoría vendría a constituir, en todo caso, una alternativa radical a la jurisprudencia burguesa.

El concepto de ciencia en Marx.

Por otro lado, cabe pensar todavía en una dificultad adicional para poder hablar de una ciencia jurídica marxista. En efecto, en la obra de Marx, como ha puesto de manifiesto M. Sacristán, no existe un único concepto de ciencia, sino por lo menos los tres siguientes: 1) La noción de ciencia habitualmente usada por los científicos, esto es, la ciencia positiva (la *science*). 2) La noción hegeliana de ciencia *(Wissenschaft)* como dialéctica: según Hegel, explicar dialécticamente un objeto significa mostrar la ley interna de su desarrollo, entendida como algo que no se puede captar desde fuera. El conocimiento tiene lugar mediante el ascenso de lo abstracto (indeterminado) a lo concreto, siguiendo el despliegue o evolución del ser. Cuando Marx, después de haber sustituido la ontología idealista de Hegel por

otra de cuño materialista, afirma que el *buen método* asciende de lo abstracto a lo concreto, lo que quiere decir es que se debe partir de los elementos más simples y abstractos (como la idea genérica de trabajo, que naturalmente no cabe construir con independencia de la realidad, para llegar a los más complejos y concretos (el trabajo en una sociedad determinada). Más adelante veremos —a través de la obra de Pašukanis— lo que puede significar trasladar este método al campo del Derecho. 3) Una noción —menos importante en las obras de Marx que las dos anteriores— de la ciencia como crítica *(Kritik)* y no como teoría absoluta. Según esta noción que está presente, sobre todo, en las obras de Marx correspondientes a su período neohegeliano, hacer ciencia significa enfrentarse con las concepciones científicas preexistentes y criticarlas.

El pensamiento jurídico presoviético.

Con anterioridad al pensamiento jurídico soviético, el marxismo no había producido ninguna obra que pueda considerarse como de teoría del Derecho en un sentido estricto. Así el famoso escrito de Engels sobre el origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado puede considerarse como una contribución al campo de la historia, la sociología o la antropología del Derecho, pero no al de la teoría del Derecho en el sentido que habitualmente se atribuye a la expresión. La obra de K. Renner que mencionamos en el capítulo segundo, *Las instituciones del Derecho privado y su función social*, la sitúa el propio autor en el contexto de lo que él denominó *teoría social del Derecho*, en cuanto investigación diferente a la que desarrolla la jurisprudencia: esta última parte de las disposiciones jurídicas, de las leyes, las analiza y las organiza en un sistema; aquélla, en cuanto ciencia empírica, se plantea el problema de estudiar la eficacia económica y social de las normas y de las instituciones jurídicas. Hoy diríamos que forma parte de la sociología del Derecho que, según Renner, empieza donde la jurisprudencia acaba. Finamente, el *socialismo jurídico*, un movimiento fundado por A. Menger y que se desarrolló en diversos países europeos entre finales del XIX y comienzos del XX, trató de enfrentarse al formalismo jurídico con el objetivo de construir una «ciencia social del Derecho» o, mejor aún, una «política del Derecho». Pero, además, el socialismo jurídico no puede considerarse estrictamente como una escuela marxista; el mismo rótulo de «socialismo jurídico» se debe a un artículo de Engels y Kautsky en que estos autores emplearon despectivamente la expresión, para mostrar su rechazo a esta doctrina. De hecho,

Menger se opuso a las tesis de Marx y Engels y sostuvo que el Derecho era una estructura, una variable independiente capaz de modelar las relaciones económicas. Y puesto que el Derecho funcionaba esencialmente como un mecanismo al servicio de la clase burguesa, era necesario reformarlo, a fin de convertirlo en un instrumento que pudiera responder a las exigencias de las clases trabajadoras.

El pensamiento jurídico soviético. Pašukanis.

El máximo representante del pensamiento jurídico soviético a lo largo de su ya dilatada historia ha sido E. B. Pašukanis, quien, después de haber ocupado cargos importantes en los primeros años de la revolución, fue una de las víctimas de la represión estalinista (desapareció durante los procesos de Moscú de 1937). Las tesis fundamentales de su obra más importante, *Teoría general del Derecho y marxismo*, que data de 1924, se pueden sintetizar en los siguientes puntos:

La teoría general del Derecho, entre el sociologismo y el formalismo.

1) La finalidad de la teoría general del Derecho es el análisis y desarrollo de los conceptos jurídicos fundamentales, es decir, de los conceptos más generales y simples aplicables a cualquier rama del Derecho. Su origen está en la jurisprudencia dogmática, pero Pašukanis considera que una *teoría* del Derecho marxista debe ser capaz de *superar* esta perspectiva que es sólo *técnica*. Por otro lado, una teoría general del Derecho auténticamente marxista debe tratar de evitar el sociologismo o psicologismo en que habían incurrido otros juristas soviéticos de los primeros tiempos de la revolución, como Stučka o Rejner, que intenta explicar el Derecho en su origen y desarrollo, pero sin tener en cuenta las formas jurídicas (los conceptos jurídicos se consideran más bien como construcciones artificiosas); y también ha de evitar el formalismo, que se desentiende del origen y finalidad de las normas y de su conexión con los intereses materiales: Pašukanis afirma que una concepción del Derecho como la de Kelsen puede llamarse *teoría* «únicamente en el sentido en que se habla, por ejemplo, de una teoría del juego de ajedrez», pero «nada tiene en común con la ciencia». Así pues, una teoría general del Derecho debe ser capaz de explicar tanto el contenido como las formas jurídicas, y debe hacerlo *históricamente*: ésta es la razón de que, en su opinión, no se pueda dar una definición de Derecho válida para todas las épocas y sociedades (una definición *per genus et differentiam*) que necesariamente sería ahistórica.

El método dialéctico.

2) El método adecuado para elaborar tal tipo de teoría es

el utilizado por Marx en sus obras de economía política y que viene a coincidir con la dialéctica, tal y como antes la habíamos caracterizado. En opinión de Pašukanis, es preciso arrancar del análisis de los conceptos jurídicos característicos de la sociedad burguesa («relación jurídica», «sujeto de Derecho», «contrato», etcétera) para poder llegar al concepto de Derecho moderno, de Derecho burgués. Por otro lado, el análisis de estas categorías —en cuanto que se refieren a la organización histórica de la producción más desarrollada y compleja— nos permitirá comprender las formaciones jurídicas anteriores. De esta manera, la teoría general del Derecho puede llegar a englobar el Derecho y los conceptos jurídicos en su desarrollo histórico.

Carácter histórico del Derecho.

3) El Derecho como «forma mixtificada de una relación social *específica*»: la relación que tiene lugar entre poseedores de mercancías que intercambian equivalentes, es una categoría histórica, perteneciente a un tipo de sociedad en la que sus miembros se relacionan entre sí en cuanto poseedores de mercancías, sujetos egoístas y portadores de intereses privados. De aquí se deducen varias consecuencias: *a*) el Derecho sólo existe plenamente en la sociedad burguesa, en la sociedad productora de mercancías; *b*) el núcleo más sólido del Derecho se halla en las relaciones del Derecho privado; *c*) el Derecho es un elemento que se encuentra en estrecho contacto con la base; es un producto de las relaciones de producción, no de la superestructura política, y por eso el elemento fundamental del Derecho no es la norma jurídica —producto del Estado—, sino la relación jurídica, en cuanto relación entre sujetos que pueden disponer libremente de sus mercancías; *d*) la forma jurídica dejará de existir en un sistema en que la producción y distribución se encuentre organizada y planificada racionalmente y en que hayan desaparecido las contradicciones entre los intereses de los individuos y los intereses generales, sociales; en este nuevo tipo de sociedad, la reglamentación jurídica será sustituida por la reglamentación técnica que presupone una unidad de fines; *e*) en la etapa de transición seguirá existiendo Derecho tan sólo en la medida en que sigan existiendo relaciones mercantiles.

Características de la teoría general del Derecho.

4) La teoría general del Derecho defendida por Pašukanis sería una disciplina:

— *social*: su objeto no son las normas, sino un fenómeno social, el Derecho en cuanto forma de una relación social específica;

— *histórica*: su objeto es un fenómeno histórico que sólo puede ser captado adecuadamente en su desarrollo y evolución;

— *objetiva*: el desarrollo dialéctico de los conceptos jurídicos refleja un proceso histórico real, el proceso de desarrollo de la sociedad burguesa;

— *crítica*: en la medida en que pone de manifiesto el carácter abstracto y ahistórico, y por lo tanto ideológico, de las categorías de la ciencia jurídica burguesa;

— *teorética* o *científica*: a diferencia de la jurisprudencia práctica o dogmática, que persigue una finalidad puramente pragmática, técnica, la teoría general del Derecho propugnada por Pašukanis cumpliría una función cognoscitiva; ello no obsta para que Pašukanis atribuya también a la teoría general del Derecho una función política: la de contribuir a la progresiva extinción del Derecho y a acercar el momento de la llegada de la sociedad comunista.

Críticas a Pašukanis.

Desde luego, pueden dirigirse bastantes críticas a la concepción de Pašukanis. Aquí nos vamos a limitar a señalar dos de ellas. La primera es que el modelo de ciencia del que arranca —la noción marxista de la ciencia como dialéctica y también, en alguna medida, como crítica— hace que no se pueda calificar su concepción como científica en el sentido usual del término. La teoría general del Derecho de Pašukanis, que incorpora elementos de sociología e historia del Derecho, no trata solamente de realizar un análisis formal de los conceptos jurídicos de mayor generalidad, sino que pretende mostrar el desarrollo histórico tanto de las categorías como de la realidad. Esta pretensión, que obedece a un planteamiento más filosófico, o metafísico, que propiamente científico, entraña riesgos innegables: la tesis de la extinción del Derecho en cuanto producto necesario del desarrollo dialéctico de la realidad social, y que lamentablemente no tiene nada ni de científica ni de razonable, es un buen ejemplo de ello. Pero implica también aspectos positivos: la necesidad de contemplar el Derecho y los conceptos jurídicos en el desarrollo de su evolución y dentro del conjunto del todo social puede proporcionar un correctivo necesario a la tendencia de la teoría general del Derecho *normal* a analizar los conceptos jurídicos desde una perspectiva excesivamente abstracta y ahistórica. La segunda observación crítica es que en el modelo de Pašukanis no es posible integrar a la ciencia jurídica

Un concepto inusual de «ciencia»...

en el que no cabe la jurisprudencia.

tradicional, a la dogmática jurídica. Para él, la lógica jurídica —la lógica del mercado, del intercambio de equivalentes— implica necesariamente un déficit de racionalidad, y de ahí la imposibilidad de asumir frente al Derecho el punto de vista característico del jurista teórico, del cultivador de la dogmática jurídica. Además, desde su concepción ni siquiera habría mucho lugar para una *política del Derecho*: a diferencia de otros autores soviéticos de la época (Stučka, Vyšinskij), Pašukanis tiende a considerar que el Derecho no es ni siquiera un medio adecuado para ser utilizado en el proceso de consecución del socialismo, y de ahí su afirmación de que en la época de transición lo que se necesita no es Derecho, sino política.

Marxismo del Este.

Con posterioridad a la segunda guerra mundial, las aportaciones marxistas más interesantes al problema de la ciencia jurídica han provenido de autores de países occidentales. En los países del Este, la «recuperación» de la dogmática jurídica suele ir envuelta en un ropaje «marxista» que, de todas formas, no consigue ocultar que el modelo de ciencia jurídica que late en el fondo no es otro que el del saber jurídico tradicional, en un estadio de su desarrollo anterior a las contribuciones de Kelsen y los autores analíticos. Un buen ejemplo de esta postura lo proporciona el jurista yugoslavo R. Lukić, autor de uno de los manuales más representativos de la teoría jurídica (y política) que se elabora en aquellos países.

Lukić.

La significación fundamental de la obra de Lukić reside en su recuperación de la dogmática jurídica, sobre la base de un aparato argumentativo que parte de lo que él considera como acuerdos previos compartidos por un eventual auditorio marxista: el rechazo del normativismo en el plano de la ontología jurídica y la consideración de que una construcción intelectual admisible es sólo la que puede reivindicar el título de *científica*. Así, Lukić trata de diferenciar lo que llama «método normativo» (expresión que en su obra viene a ser equivalente de «dogmática jurídica») de la «teoría normativista del Derecho», que en su opinión debe ser rechazada. Pero para ello se ve obligado a caracterizar a la «teoría normativista del Derecho» en términos tales que impedirían englobar bajo esta expresión ninguna de las teorías del Derecho generalmente consideradas como tales. Según él, la teoría jurídica normativista «consiste en ver el Derecho exclusivamente como norma, y creer que, en consecuencia, es imposible estudiar el Derecho de otra forma que a través del método normativo». Y por lo que hace a su defensa de la

cientificidad de la dogmática jurídica (o del «método normativo», en su terminología) se apoya en consideraciones decididamente pintorescas. Así, por ejemplo, para poder fundamentar que el «método normativo» opera a través de la observación advierte que «aquí se trata de la observación de fenómenos espirituales (...) podría decirse que existe un sentido particular, un sentido espiritual, que percibe estos fenómenos, de la misma manera que hay sentidos aptos para percibir el mundo material».

Marxismo occidental.

En cuanto al marxismo occidental, las aportaciones más interesantes en el campo del conocimiento jurídico están de alguna manera conectadas con dos escuelas de pensamiento marxista de gran influencia en los años sesenta: la escuela de Della Volpe y la de Althusser.

Tanto Della Volpe como Althusser arrancaron de una concepción del marxismo como *ciencia* que se basaba en una interpretación de la obra de Marx que subrayaba vigorosamente la separación entre Marx y Hegel. Sin embargo, mientras que Althusser consideró que la «ruptura» había tenido lugar hacia 1845-1846, que es la fecha de redacción de *La ideología alemana*, Della Volpe la situó en 1843, con la *Crítica de la filosofía del Derecho público de Hegel*, lo que le permitió, a él y a su escuela, efectuar una valoración positiva de las obras juveniles de Marx.

Cerroni.

Precisamente, la idea fundamental de la que parte U. Cerroni —autor procedente de la escuela dellavolpiana y que es al mismo tiempo la figura más descollante del marxismo jurídico italiano de posguerra— al plantearse el problema del conocimiento científico del Derecho es una idea que aparece subrayada en una de las obras juveniles de Marx (los *Manuscritos*, de 1844): la unidad de la ciencia y, en particular, la necesidad de construir una ciencia social unitaria e integrada. Esa ciencia, en contraposición crítica a la línea seguida por las ciencias sociales modernas, debería partir, según Cerroni, del uso histórico de las categorías, de la colaboración interdisciplinaria y de la crítica del formalismo metodológico; en otras palabras, debe permitir establecer una conexión entre lógica e historia, estructura y proceso, causalidad e historicidad.

Una ciencia social unitaria e integrada.

En opinión de Cerroni, tanto la obra de Kant como la de Hegel (que inauguran las dos grandes tradiciones del idealismo moderno) llevan a una duplicación de los saberes jurídicos, es decir, a postular, por un lado, una ciencia del Derecho positivo y, por otro, una filosofía del Derecho en cuanto ciencia suprema a

que está sometida la otra. Como consecuencia, el Derecho aparece como «un objeto sin ciencia», puesto que ni las especulaciones filosóficas suministran una explicación satisfactoria del Derecho, ni tampoco la «ciencia» de los juristas, que —según este autor— no pasa de ser, en el mejor de los casos, una simple técnica. Por otro lado, la ciencia jurídica aparece también como «una ciencia sin objeto»: el sistema de las normas vigentes —que debería ser el objeto de tal ciencia— «se ha revelado como un conglomerado inextricable de deber y ser, de validez y efectividad, de valor y de hecho, de abstracción y concreción» carente de autonomía y de consistencia.

Frente a este estado de cosas —que explica la abundancia de testimonios críticos sobre la ciencia jurídica— Cerroni propone partir de un esquema en que se integren los dos aspectos anteriores (el estudio de la positividad y de la idealidad del Derecho) con la historia, de manera tal que ésta tenga una incidencia en la construcción conceptual: la historia no debe quedar relegada a la función de suministrar «ejemplificaciones» operativas a la filosofía especulativa, ni las ciencias positivas a la de proporcionar material empírico «procesable».

Para construir una teoría marxista del Derecho que obedezca a estos planteamientos, Cerroni piensa que la vía adecuada no es la de recopilar los pasajes de las obras de Marx referidos al Derecho, sino que se debería partir —en la línea de Stučka y, sobre todo, de Pašukanis— de la metodología elaborada por Marx para la crítica de la economía política. Además, Cerroni considera que sería de utilidad contar con aportaciones procedentes de autores no marxistas, como Max Weber. Las características del modelo de conocimiento científico del Derecho que propone el marxista italiano parecen ser las siguientes:

Características de la ciencia jurídica de Cerroni.

1) El análisis debe centrarse en el estudio de los sistemas jurídicos del presente (en cuanto conjuntos de normas y de categorías lógicas) para buscar las razones de su secuencialidad con respecto a los sistemas jurídicos precedentes. El Derecho contemporáneo, el Derecho de la sociedad burguesa, es esencialmente un Derecho *clasista*. Pero lo importante en relación con el clasismo del Derecho no es plantear los casos en que el burgués se halla en una situación privilegiada (como hiciera Menger), sino mostrar «que también existe "clasismo" allí donde ninguna ventaja viene sancionada por la desigualdad de condiciones»; es decir, se trataría de reflexionar sobre la afirma-

ción marxiana de que el Derecho es el tratamiento igual de situaciones desiguales (y de ahí que genere necesariamente desigualdad).

2) El Derecho clasista —cuya sustancia, por tanto, es el tratamiento formal no privilegiado de condiciones individuales desiguales— sólo es posible en la sociedad burguesa, en cuanto sociedad profundamente escindida en dos esferas: la de la actividad productiva individualista y la de la actividad política colectiva. Ello permite aclarar dos puntos importantes: *a*) que el Derecho formal, regulador de las relaciones sociales, está regulado a su vez por las propias relaciones sociales; es decir, que la distinción Derecho-economía es sólo una distinción dentro de un *continuum*; *b*) que el carácter formal (general y abstracto) de la norma jurídica moderna está en función de unas relaciones económico-sociales específicas y no voluntarias: la norma legal es una institución histórica.

3) En consecuencia, una explicación científica del Derecho tiene que dar cuenta de las conexiones de éste con la economía y con la política. En particular, el estudio deberá centrarse, por un lado, en las conexiones del Derecho formal y abstracto y el modo moderno de producción y, por otro lado, en las diferencias entre el Derecho formal abstracto de las legislaciones burguesas más evolucionadas y la regulación político-jurídica que las ha precedido.

4) Además de mostrar la estructura clasista del Derecho, la ciencia del Derecho diseñada por Cerroni debe ser capaz de construir una política del Derecho, un «uso alternativo del Derecho».

Sobre el uso alternativo del Derecho.

El llamado «uso alternativo del Derecho» es un movimiento surgido en Italia a comienzos de los años setenta, del que formaron parte juristas teóricos y prácticos y que enlaza con el proceso de reforma de la Universidad y de la enseñanza del Derecho que se inicia a partir de 1968. El objetivo fundamental consistía en proponer, frente al uso tradicional del Derecho —eminentemente conservador— un uso progresista que fuera favorable a las clases trabajadoras. Esto era posible planteárselo en la medida en que se partía de la idea de que el Derecho no podía reducirse a una pura superestructura, según había pretendido un cierto marxismo calificado por estos autores de economicista y mecanicista. O, para decirlo con la terminología entonces de moda: las superestructuras gozan de una «relativa autonomía» en relación con la base; el Derecho tiene una cierta

capacidad para incidir en la realidad social y contribuir a cambiarla. La crítica fundamental que estos autores dirigen a la ciencia jurídica burguesa (el blanco favorito es siempre Kelsen) radica en su carácter *formalista*, que se manifiesta en su abandono de los elementos ideológicos y políticos del Derecho, incurriendo en un «neutralismo» que se considera, por otro lado, «ideológico», ya que su función, manifiesta o latente, no puede ser otra que el mantenimiento del *statu quo*. Para los alternativistas, la aplicación e interpretación del Derecho deja siempre varias alternativas abiertas: optar por una u otra significa, necesariamente, recurrir a criterios políticos. En particular, en países como Italia o España existe un profundo desfase entre una Constitución democrática y progresista y una legislación de inspiración mucho más conservadora; frente a esta contradicción, el jurista no puede, aunque lo desee, permanecer neutral, sino que ha de tomar partido.

En realidad, la concepción de los alternativistas no llega a ser un modelo «alternativo» de la ciencia jurídica burguesa, en cuanto que sus tesis vienen a constituir poco más que un conjunto de recomendaciones políticas y prácticas (algo parecido a lo que supuso la jurisprudencia de intereses). Por otro lado, el programa del uso alternativo del Derecho recuerda bastante al del socialismo jurídico. Ésta es la razón de que Cerroni se sienta obligado a puntualizar que es preciso construir una política del Derecho «orientada hacia objetivos de largo alcance» que permita combinar un posible uso alternativo del Derecho con los avances en la transformación de las relaciones socioeconómicas. En su opinión, ello debe permitir superar el socialismo jurídico, «el espejismo de que la tarea del cambio social pasa esencialmente por la "lucha en favor de un nuevo Derecho" más que en la lucha por la modificación de la correlación de fuerzas sociopolíticas». Así, los dos ejes principales para toda construcción alternativista del Derecho deberían ser la socialización de la propiedad privada y la socialización del poder, lo que significa que no puede darse primacía ni a lo privado ni a lo público.

5) Una ciencia del Derecho materialista y crítica no puede prescindir de la noción de *norma*, pero tampoco de la de *persona jurídica*, esto es, de los sujetos de la relación jurídica; no puede prescindir ni del Derecho público ni del Derecho privado.

6) La propuesta de Cerroni, en definitiva, consiste en construir una *ciencia social integrada* en cuyo seno encuentren una

explicación científica *también* los aspectos jurídicos. No se trata, pues, de proponer una ciencia *jurídica* integrada en la que se estudien conjuntamente los aspectos normativos, sociológicos, etcétera, del Derecho, sino de una *única ciencia social* en la que el Derecho y los conceptos jurídicos se comprendan como un cierto nivel de la estructura social total. Por ejemplo, el concepto de «persona jurídica» no tendría sentido sin presuponer la existencia de intercambios de las personas entre sí, es decir, sin contratos; pero el contrato presupone a su vez mercancías, éstas el proceso de su producción y así sucesivamente.

Cerroni y Pašukanis.

Como puede advertirse fácilmente, los planteamientos de Cerroni presentan grandes analogías con los de Pašukanis. Ambos parten del mismo esquema metodológico, es decir, de la división característica del mundo burgués en dos esferas contrapuestas: la sociedad civil y el Estado, el hombre y el ciudadano, la economía y la política, el Derecho privado y el Derecho público, el sujeto de Derecho y la norma jurídica. Pero mientras que Pašukanis privilegia uno de los dos elementos de la relación, Cerroni trata de mostrar, sobre todo, sus interrelaciones. Ello obedece a la necesidad de superar las limitaciones «teóricas» de la obra del jurista soviético, pero también a la ubicación del marxista italiano dentro de un contexto histórico en el que la extinción del Derecho (que, como vimos, es un elemento clave en Pašukanis) juega sólo un papel, por así decirlo, *utópico*. Lo importante para Cerroni es, por el contrario, articular una política del Derecho de largo alcance, es decir, explorar las posibilidades del Derecho como factor de cambio social, lo que exige investigar en el terreno de las relaciones entre la esfera jurídico-política y la económica.

Con todo, en el planteamiento de Cerroni tampoco parece existir lugar para la «ciencia jurídica», en el sentido de la ciencia jurídica tradicional. Esta última no pasaría de constituir, según hemos visto, una *técnica* que, como mucho (por ejemplo, en el modelo de Ross), es capaz de *describir* el Derecho vigente, pero no de *explicarlo*. Y ni siquiera cabría hablar de una teoría general del Derecho, es decir, de una teoría del Derecho dotada de un cierto grado de autonomía respecto a las otras ciencias sociales. Sin embargo, ello no quiere decir que Cerroni considere que la dogmática jurídica y la teoría general del Derecho sean actividades intelectuales inútiles. Su planteamiento parece apuntar más bien a la necesidad de criticar e integrar los

resultados y métodos de estas investigaciones a partir del modelo de ciencia social integrada que nos propone. Y, en este sentido, hay que reconocer que la obra del marxista italiano, en contraste con las obras de otros juristas marxistas contemporáneos, se asienta sobre un buen conocimiento de la teoría del Derecho de este siglo, lo que hace de él, en todo caso, un autor poskelseniano.

Críticas a Cerroni.

Una objeción que podría hacerse al modelo de ciencia con que opera Cerroni es que, además de no resultar demasiado claro, parece demasiado ambicioso como para ser operativo. Una ciencia que sea no sólo lógica, sino también historia, que no sólo describa y explique la realidad social, sino que contribuya también a cambiarla, que no sea «parcial», sino omnicomprensiva, no sólo no existe, sino que, de existir, se trataría de algo distinto a lo que hoy solemos entender por «ciencia» aunque, desde luego, estaría próximo a la noción marxiana de ciencia como dialéctica. Ésta es también —y paradójicamente— la razón de que su discurso se mueva en un plano muy prescriptivo (no trata de reconstruir un modelo de ciencia *existente*, sino de configurar un modelo de lo que debería ser la ciencia) y considerablemente abstracto, porque es difícil hablar «en concreto» de algo que no existe.

El marxismo jurídico althusseriano.

La ruptura epistemológica.

En la obra de L. Althusser hay tres aspectos que parecen especialmente relevantes para construir, a partir de ellos, una teoría marxista del Derecho. El primero es la tesis de la «ruptura epistemológica» y de la separación radical entre la ciencia y la ideología. Con *La ideología alemana* habría tenido lugar, en su opinión, una ruptura en la obra de Marx que supone la apertura al conocimiento científico de un nuevo continente: el continente historia. La historia, entendida en un sentido muy amplio, habría pasado del campo de la *representación imaginaria* (ideológica) al de la ciencia. Esta conquista, sin embargo, no es definitiva, de manera que en el ámbito del conocimiento social, la ideología continúa reproduciéndose. Esto explica que el propósito que persiguen las obras de juristas franceses de inspiración althusseriana —como Edelman o Miaille— sea, por un lado, el de efectuar la crítica a la *ideología jurídica* (entendiendo por tal, en realidad, todos los discursos no marxistas sobre el Derecho y algunos presuntamente marxistas, pero considerados economicistas, mecanicistas, etcétera) y, por otro, el de elaborar una «teoría científica del Derecho», entendida como una

teoría sociológica del Derecho construida desde las categorías del materialismo histórico *correctamente interpretadas*.

El concepto marxista de «totalidad».

El segundo aspecto consiste en interpretar el concepto marxista de «totalidad» como algo radicalmente distinto de la «totalidad» hegeliana. El concepto de «totalidad» propio de Marx aludiría a una estructura compleja articulada en torno a tres «instancias» o subestructuras (económica, jurídico-política e ideológica), una de las cuales (la económica) juega el papel «dominante» o «determinante en última instancia» en el conjunto de la estructura, mientras que las sobreestructuras jurídico-política e ideológica juegan un papel derivado, si bien se les reconoce una «consistencia y eficacia propias». Explicar el Derecho implicará, por lo tanto, aclarar cuáles son sus relaciones con el resto de las instancias sociales, pero se tratará siempre de un discurso externo, sociológico; el discurso interno al ordenamiento jurídico, el de la dogmática jurídica, es necesariamente ideológico, acientífico, pues no suministra una explicación causal de los factores que determinan la configuración de un ordenamiento jurídico, sino que, en la medida en que tiene que partir de un ordenamiento jurídico vigente, necesariamente asume y contribuye a reproducir la ideología dominante que dicho ordenamiento refleja.

La noción de «sujeto».

El tercer aspecto es la configuración de la noción de sujeto como noción central del discurso ideológico. En consecuencia, la teoría del Derecho a que antes aludimos deberá centrarse, de modo muy especial, en la crítica a la categoría de *sujeto de Derecho* que se considera, incluso, como el paradigma y matriz de la ideología burguesa.

En general, cabe decir que lo que aportan autores como Edelman y Miaille a la elaboración de una teoría marxista del Derecho no es excesivo. Lo que ellos presentan como novedades, por ejemplo, el papel central de la noción de sujeto de Derecho, son casi siempre consideraciones que estaban ya en la obra de autores anteriores, como Pašukanis o Cerroni. Y, por otro lado, su desconocimiento de la teoría contemporánea del Derecho —excluyendo, en alguna medida, a Kelsen— y del aparato metodológico empleado por los autores analíticos les lleva a veces a cometer disparates como considerar que la lógica formal constituye un modo de razonamiento vinculado al modo de producción capitalista: «El sistema jurídico actual —escribe concretamente Miaille— es el de una sociedad capitalista: el

aparato del Estado y el personal que lo ocupa no pueden funcionar más que según los principios de la lógica formal. Esto es evidente». ¿Acaso el propio Miaille habrá dejado a un lado los principios de la lógica formal a la hora de elaborar sus trabajos?

Veamos ahora, para terminar este breve examen de la concepción marxista de la ciencia jurídica, dos conclusiones importantes que pueden extraerse de lo anterior.

Descalificación de la dogmática jurídica.

La primera es que todos los autores marxistas parecen concordar, al menos, en una cosa: en la descalificación de la ciencia jurídica tradicional, de la dogmática jurídica. Y la razón parece ser doble. Por un lado, la dogmática jurídica no sería una verdadera ciencia, sino —en el mejor de los casos —una simple técnica que persigue una finalidad puramente pragmática, pero no cognoscitiva. Por otro lado, la dogmática presupondría, como requisito para poder ser cultivada, la aceptación del punto de vista interno o normativo con respecto al Derecho positivo. Ahora bien, si se entiende que el Derecho positivo es el Derecho burgués, entonces tal punto de vista resulta incompatible con el marxismo, cualquiera que sea la modalidad de «marxismo jurídico» de que se parta: lo mismo da que se acentúe el elemento subjetivo, voluntarista (el Derecho como producto de la voluntad de la clase dominante, de la burguesía), o que se ponga el acento en el elemento objetivo (el Derecho en cuanto producto o forma de determinadas relaciones socio-económicas, las del sistema capitalista).

Perspectivas del análisis marxista del Derecho.

Pero esto no significa que quede así descalificada toda posible ciencia jurídica. Podríamos decir que quedan dos grandes vías abiertas a los marxistas para poder seguir hablando de «ciencia» jurídica. En primer lugar, cabe la posibilidad de un saber sobre el Derecho distinto del de la jurisprudencia dogmática, es decir, un saber que no se base en el punto de vista interno o normativo. Es posible, por ejemplo, la crítica ideológica del Derecho y de las categorías de la ciencia jurídica burguesa. Y cabe también —simultánea o alternativamente— un análisis sociológico e histórico del Derecho. Nada impide tampoco la construcción, sobre estas bases, de una teoría general del Derecho que, sin embargo, no sería del todo equiparable a la teoría general del Derecho «burguesa». La marxista no sería, o no lo sería únicamente, una teoría *formal* del Derecho, puesto que parte: *a*) del carácter *histórico* no sólo del Derecho, sino también de las categorías jurídicas, de los conceptos básicos

del Derecho (sujeto de Derecho, norma, relación jurídica...); *b*) de la necesidad de considerar al Derecho como un elemento del sistema social que mantiene unas especiales relaciones tanto con el subsistema económico como con el subsistema político; en consecuencia, una *verdadera* ciencia del Derecho (es decir, la teoría general del Derecho) debería estar orgánicamente ligada a las otras ciencias sociales (la economía política, la teoría del Estado, la psicología social o la ciencia social integrada). En segundo lugar, el rechazo a la dogmática jurídica tradicional se basa, como hemos visto, en la imposibilidad de adoptar el punto de vista normativo frente al Derecho burgués. Ahora bien, por un lado, la dogmática jurídica, o su equivalente funcional, reaparece si se acepta la posibilidad de un «Derecho socialista» en cuanto Derecho «de nuevo cuño» respecto al Derecho burgués; es decir, si se acepta que el Derecho socialista puede cumplir una función social positiva en sí mismo considerado, que encarna, por tanto, un valor positivo. Por el contrario, el rechazo *total* a la dogmática jurídica sólo se produce si se parte de la tesis *dura* (por ejemplo, la de Pašukanis), según la cual todo Derecho es necesariamente Derecho burgués y está destinado a extinguirse de manera progresiva; o bien que el Derecho, se acepte o no lo anterior, no es un medio adecuado para la transformación social y debe sacrificarse en aras, por ejemplo, de la política. Por otro lado, aun dentro de un sistema jurídico capitalista, al jurista marxista le cabe la posibilidad (no aceptada, sin embargo, por todos) de elaborar una *política del Derecho* que le sirva de guía para la utilización de las instituciones y de las categorías jurídicas en un sentido alternativo al del jurista tradicional. El presupuesto de esta política del Derecho —que por lo menos comparte con la dogmática jurídica tradicional el uso de una serie de conceptos comunes— es la confianza en que el Derecho (el Derecho burgués o, más exactamente, el de las sociedades capitalistas avanzadas) es susceptible de ser transformado en un sentido progresista y puede cumplir un papel apreciable en el cambio social.

Escaso desarrollo del marxismo jurídico.

La segunda conclusión general que se puede extraer es el escaso desarrollo de las diversas líneas de investigación que, como acabamos de ver, ofrece el marxismo a la ciencia jurídica, sobre todo como ciencia *social* y no tanto como ciencia *normativa*. Para emplear la terminología de Lakatos, cabría decir que el programa de investigación del marxismo en la ciencia jurídica está en una fase «degenerativa»: desde Pašukanis no parece

que se haya producido en él un progreso apreciable. Algunas de las causas de este estancamiento podrían ser las siguientes: 1) el desconocimiento —salvadas las excepciones de rigor— de la ciencia jurídica «burguesa» en su última fase, la fase analítica, lo que ha llevado a los autores marxistas a un verdadero empobrecimiento conceptual; 2) la realización, por parte de algunos autores de tendencia analítica, de ciertos aspectos del programa de investigación marxista aunque, desde luego, en forma parcial: por ejemplo, la crítica de Ross al formalismo de la ciencia jurídica tradicional y su intento de aproximar la ciencia jurídica a la ciencia social (empírica); 3) la ambigüedad del concepto de ciencia de Marx, que ha llevado con bastante frecuencia a confundir la ciencia (positiva) con la dialéctica o la crítica. De todas formas, no estará de más recordar que, como ocurre con todos los programas de investigación, no podemos estar seguros de que el marxista haya entrado en una fase irremediablemente degenerativa. Y, en todo caso, no cabe duda de que una parte importante del programa marxista (por ejemplo, la crítica al formalismo y la superación de la tendencia «aislacionista» del saber jurídico) sigue estando en el centro del debate contemporáneo de la ciencia jurídica.

4.9. ¿Es la jurisprudencia un saber científico?

Al iniciar este capítulo se esbozó una caracterización previa de lo que suele denominarse «ciencia del Derecho». Ahora, una vez efectuado un rápido recorrido histórico y examinadas algunas de las concepciones actuales de la ciencia jurídica, puede ser el momento de intentar una caracterización más completa, aunque no exenta de problemas. Los análisis anteriores han puesto bien de manifiesto que no existe una única ciencia del Derecho, sino una pluralidad de saberes que tienen como objeto de reflexión el Derecho: la dogmática jurídica, la teoría general del Derecho, el Derecho comparado, la sociología del Derecho, la filosofía del Derecho... Estos distintos saberes jurídicos tienen un estatus epistemológico distinto. Ahora nos ocuparemos del primero de ellos, del saber jurídico tradicional, mientras que de los otros trataremos en un capítulo posterior.

Características de la dogmática jurídica.

La dogmática jurídica es un tipo de saber que cabe caracterizar por las siguientes notas:

Su objeto es el Derecho vigente.

1) Su objeto de estudio es un sistema (o subsistema) jurídico determinado, dotado de vigencia. Esta nota permite diferenciar a la dogmática jurídica de la teoría general del Derecho, cuyo objeto es el Derecho en general, pero no un sistema jurídico en particular; del Derecho comparado, que efectúa análisis en los que entran en juego más de un sistema jurídico; y de la historia del Derecho, que se ocupa del Derecho que estuvo vigente en el pasado.

El punto de vista interno o normativo.

2) Las proposiciones de la dogmática jurídica se efectúan desde un punto de vista interno o normativo, en el sentido de que quien las emite: *a*) se encuentra entre los mismos destinatarios de las normas y parte de la aceptación de las normas vigentes como criterio exclusivo de regulación del comportamiento; *b*) por lo tanto, no las considera como simples medios que cabe utilizar y manipular para lograr un cierto fin. Todo ello hace que en la elaboración dogmática se produzca una aproximación entre el sujeto y el objeto de la investigación mucho mayor de lo que ocurre en el caso de las otras disciplinas sociales. Por otro lado, la característica señalada en *a*) permite diferenciar a la dogmática jurídica de la sociología del Derecho, y la característica *b*), de la política jurídica. Sin embargo, la autonomía de la dogmática en estos dos sentidos es una cuestión bastante discutida. Frente a la tradición de juristas como Kelsen y Hart y de sociólogos como Max Weber y, más recientemente, Luhmann, que han defendido la posibilidad y conveniencia de separar con nitidez la dogmática jurídica de la sociología del Derecho, cabe oponer una tradición de signo contrario que pretende integrar uno y otro punto de vista (Ross) o incluso sustituir en buena medida a la dogmática por la sociología del Derecho (Ehrlich, Geiger). Por otro lado, se ha indicado también que los juristas marxistas —y no son los únicos— propenden a asumir frente a las normas un punto de vista político. A menudo ven el Derecho vigente como un instrumento de lucha política. En mi opinión, es inevitable reconocer en la actividad dogmática una dimensión sociológica —la determinación de su objeto de estudio, el Derecho vigente, no parece que pueda hacerse con independencia del análisis de la eficacia sociológica de las normas —e, igualmente, una dimen-

sión política, pues todas las operaciones normativas son, de alguna forma, políticas: las normas se establecen para lograr ciertos fines políticos, deben ser interpretadas en función de esos u otros fines, y sólo pueden describirse si se parte de la aceptación —lo que implica necesariamente un aspecto político—, por lo menos, de una norma básica. Pero el carácter sociológico y político de la jurisprudencia tiene también un límite. En otro caso, la dogmática dejaría de ser un mecanismo que facilita el funcionamiento y desarrollo del Derecho velando al mismo tiempo por la seguridad jurídica, es decir, haciendo que los actos de las autoridades y de los ciudadanos en general, o mejor dicho, las consecuencias jurídicas de éstos, resulten relativamente previsibles. Sobre esto volveremos en seguida.

Funciones de la dogmática jurídica.

3) La dogmática jurídica, en relación con el sistema jurídico, cumple las tres siguientes funciones: *a*) suministrar criterios para la aplicación de las normas vigentes; *b*) suministrar criterios para el cambio del Derecho en las diversas instancias en que éste tiene lugar; *c*) elaborar un sistema conceptual con vistas a conseguir los dos anteriores objetivos. La cuestión que se debate aquí es si el desarrollo de la segunda de las funciones indicadas corresponde a la dogmática o a la política del Derecho. Suele decirse que la dogmática jurídica opera exclusivamente de *lege lata*, mientras que la política del Derecho lo hace de *lege ferenda* (o de *sententia ferenda*), es decir, establece propuestas sobre cómo debería configurarse el Derecho con vistas a obtener ciertos fines o a realizar determinados valores. Sin embargo, esta distinción no puede establecerse de manera tajante: el jurista teórico ha cumplido siempre una función prescriptiva, es decir, ha contribuido —y contribuye— a formar el Derecho, por más que esta función haya permanecido muchas veces oculta por razones ideológicas. Y aunque, como acabamos de ver, no puede tampoco confundirse la dogmática jurídica con la política del Derecho, es interesante prestar atención a un hecho que resaltaremos al tratar de la informática jurídica: la creciente utilización de los ordenadores en todos los sectores jurídicos y el aumento constante de la reglamentación jurídica hace que la labor del jurista teórico tienda a orientarse cada vez más hacia los problemas de la legislación y, por lo tanto, hacia la política jurídica, y relativamente menos hacia la aplicación de las normas, que ha sido la perspectiva básica adoptada por la dogmática europea, al menos desde la época de la codificación.

De las anteriores características se desprenden, a su vez, una serie de conclusiones.

La jurisprudencia es un saber normativo,

La primera de ellas es que la dogmática jurídica es una disciplina *normativa* en los tres sentidos distinguidos por Bobbio y que en su momento examinamos. Es normativa en cuanto a su objeto, ya que éste consiste, esencialmente, en normas. Sin embargo, como hemos visto en capítulos anteriores, un ordenamiento jurídico vigente no está compuesto sólo por normas, sino también por otros tipos de enunciados no estrictamente normativos, como definiciones y principios. Y, por otro lado, la producción, interpretación y aplicación del Derecho son operaciones que engloban no sólo normas, sino también hechos y valores. Pero la dogmática jurídica es también normativa en cuanto a su método: el jurista dogmático no busca analizar las normas jurídicas desde un punto de vista causal, explicando por qué una determinada norma está vigente en lugar de otra, o qué efectos producen las normas en el sistema social, sino desde un punto de vista normativo, suministrando criterios para el desarrollo y funcionamiento del Derecho. Finalmente, la dogmática jurídica también es normativa en cuanto a su función, ya que contribuye de diversas formas a moldear el material normativo que constituye, al mismo tiempo, su objeto de estudio. Como apuntamos al comienzo del capítulo y luego hemos tenido ocasión de comprobar en diversas ocasiones, no parece posible establecer siempre una neta distinción entre las normas —el Derecho positivo— y las proposiciones normativas elaboradas por la ciencia del Derecho.

valorativo

La segunda conclusión es que el saber jurídico tradicional es una actividad *valorativa* y no simplemente descriptiva en diversos sentidos. Es valorativa en la medida en que se orienta hacia la aplicación e interpretación del Derecho, ya que éstas no son nunca operaciones mecánicas, sino que presuponen y envuelven valoraciones. También es una actividad necesariamente valorativa en la medida en que suministra criterios para modificar el Derecho. Y, en fin, la elaboración de un sistema conceptual que permita referirse al Derecho vigente exige contar con los valores que subyacen en las normas y principios de un ordenamiento jurídico. La dificultad aquí estriba en determinar hasta qué punto el jurista teórico se somete a los valores plasmados en el ordenamiento, o bien se orienta en su labor según su personal sistema valorativo. Como antes hemos dicho,

el punto de vista del dogmático del Derecho presupone la aceptación de las normas y, por lo tanto, de los valores del ordenamiento; pero los valores en que se inspiran los sistemas jurídicos, cuando se trata de Estados democráticos, son suficientemente amplios como para permitir interpretaciones muy diversas sin salirse de los límites trazados por los mismos.

y práctico.

La tercera conclusión es que la dogmática jurídica persigue una finalidad eminentemente *práctica* que se manifiesta en el desarrollo de las tres funciones a que antes se aludió. En consecuencia, la dogmática jurídica *no es una ciencia*, porque su objetivo no es el de conocer por conocer, sino el de conocer para actuar, para permitir la realización y evolución del Derecho positivo. Pero sobre la cuestión de la cientificidad o no de la jurisprudencia merece la pena detenerse un momento.

¿Ciencia o técnica?

El problema que se acaba de plantear tiene unos antecedentes muy remotos (Bobbio, 1950). En el *Digesto*, por ejemplo, la jurisprudencia aparece caracterizada en ocasiones como una ciencia *(iusti atque iniusti scientia)*, y en otras como una técnica, un arte *(ars boni et aequi)*; y esta solución ecléctica es la que predominó, en general, en la Edad Media: la jurisprudencia se consideró como una ciencia en cuanto a su aspecto teórico, y como una técnica en cuanto a su función práctica. Sin embargo, hasta el final de la Edad Media esta cuestión no tuvo una especial relevancia, debido a la correspondencia existente entre lo que se consideraba como el modelo de cientificidad, de rigor (la lógica aristotélica), y el propio método empleado por la jurisprudencia. El cambio se produce en la época del Renacimiento, cuando al lado de los métodos lógicos y matemáticos surgen los nuevos métodos experimentales, es decir, la ciencia moderna. A partir de entonces, la actividad de los juristas teóricos dejó de corresponderse con el modelo de ciencia dominante. La jurisprudencia no pudo adoptar los métodos de las ciencias naturales ni tampoco, como vimos en su momento, los de las ciencias humanas más desarrolladas. Por eso, a partir de la época del iusnaturalismo racionalista, la única solución que se estimó posible fue la de propugnar una duplicación de los saberes jurídicos: al lado de la jurisprudencia *real*, es decir, del saber jurídico tradicional que se consideraba como una simple técnica, una actividad pragmática, se llevó a cabo el intento de construir una *verdadera* ciencia del Derecho que en ocasiones se creyó encontrar en la ciencia del Derecho natural y otras veces en la

De nuevo sobre la duplicación de los saberes jurídicos.

jurisprudencia general, en la sociología del Derecho, en la psicología jurídica, en la lógica jurídica, etcétera. En resumen, la tesis de que la jurisprudencia no es una verdadera ciencia ha tenido numerosos defensores en los últimos siglos. En los anteriores apartados hemos podido ver muchos ejemplos de esta actitud, pero no hicimos ninguna alusión a la defensa más famosa de esta tesis: la que realizó el fiscal prusiano J. von Kirchmann a mediados del siglo XIX. La razón de este silencio es que von Kirchmann no encabezó ninguna escuela de pensamiento jurídico. Su única aportación —por lo demás, un texto clásico de la literatura jurídica— fue un breve opúsculo titulado «La Jurisprudencia no es ciencia» que reproduce una conferencia dictada por él en 1847.

La crítica de von Kirchmann.

Aquí vamos a limitarnos a recoger tres de los argumentos utilizados por von Kirchmann para la defensa de su tesis. El primero dice que el objeto de estudio de la jurisprudencia es el Derecho positivo, es decir, un objeto mudable, contingente y, por lo tanto, no susceptible de conocimiento científico. «Por obra de la ley positiva —escribe von Kirchmann—, los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de la madera podrida; desviándose de la sana, establecen su nido en la enferma. En cuanto la ciencia hace de lo contingente su objeto, ella misma se hace contingencia; tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura.» La verdadera ciencia del Derecho tendría que tener por objeto una realidad necesaria e inmutable, que nuestro autor denomina «Derecho natural», y su función debería consistir en «el descubrimiento puro y simple de las verdaderas leyes del Derecho». El segundo argumento es la imposibilidad de hablar en la jurisprudencia de progreso. En la ciencia natural —el modelo de cientificidad para von Kirchmann— «los trabajos y descubrimientos de un siglo continuaban siendo en los posteriores la base firme sobre la cual proseguía la obra, que ha alcanzado ya las asombrosas dimensiones que conocemos. En cambio, la jurisprudencia ha permanecido por lo menos estacionaria desde la época de Bacon. Sus reglas y conceptos no han encontrado desde entonces expresiones más agudas. No hay en ella menos controversias, sino más. Incluso allí donde la investigación más paciente creía haber llegado por fin a un resultado seguro e inamovible, apenas transcurre una década sin que vuelva a iniciarse la discusión desde el principio». En su opinión, la causa no radica en los investigadores mismos, en los juristas, sino en el objeto de es-

Un objeto contingente.

En la jurisprudencia no hay progreso.

tudio, en el Derecho, que, según argumenta nuestro autor, no sólo es contingente, sino también un objeto del que forman parte valoraciones, sentimientos personales, etcétera. Finalmente, el tercer argumento radica en la inutilidad de la jurisprudencia, que, de una manera muy coherente, le llevó a von Kirchmann a trasladar su actividad teórica desde este campo al de la filosofía. En su opinión, la ciencia del Derecho no cumple ninguna función positiva. Una parte importante de su labor consiste en tratar de poner remedio a los errores y deficiencias existentes en el Derecho positivo como consecuencia, en buena medida, del carácter abstracto y esquemático de la ley: «La ley positiva se parece a un sastre obstinado que sólo usara tres medidas para todos sus clientes. La ciencia es el alma bondadosa que ve dónde el traje no ajusta y dónde afea, pero el respeto por su señor no le permite más que hacer subrepticiamente algún que otro retoque». La jurisprudencia no sólo no favorece el progreso del Derecho, sino que con frecuencia se le opone, en su intento de insertar las instituciones actuales en categorías del pasado que se corresponden con formas jurídicas ya muertas. Von Kirchmann llega incluso a propugnar la supresión no sólo de los abogados, sino también de los jueces de profesión: «Hay naciones enteras [se refiere a la Grecia clásica] que han vivido, y han sido grandes, sin juristas de profesión». E igualmente se declara partidario de disminuir el número de las leyes positivas que, a su modo de ver, deberían limitarse a formular los principios directivos «quedando reservado al sano juicio del pueblo su aplicación». En definitiva, la única función que juzga de importancia sería la elaboración del Derecho, la política legislativa, pero ésta es una función que la jurisprudencia excluye de sus cometidos: «Los juristas no pueden poner los cimientos y levantar enérgicamente el edificio nuevo, pero una vez terminada la obra, cuando las columnas ya la sustentan, entonces acuden como los cuervos, a millares, se meten en todos los rincones y miden los límites y dimensiones por pulgadas y líneas, y pintan y adornan el noble edificio hasta el punto de que ni el príncipe ni el pueblo apenas reconocen ya su propia obra».

Inutilidad de la jurisprudencia.

Ante el reto lanzado por von Kirchmann, la mayor parte de los juristas que se han ocupado de su obra han tratado de poner de manifiesto la inadecuación de su concepto de ciencia y su caracterización de la jurisprudencia (para lo que no faltan argumentos), en un intento de mantener, cuando menos, la posibilidad teórica de construir una jurisprudencia verdaderamente

científica. Sin embargo, aquí seguiremos una vía diferente. Lo que se tratará de mostrar es que la cuestión de «la cientificidad de la jurisprudencia» es, sencillamente, una cuestión mal planteada desde un punto de vista teórico y que tiene una explicación puramente ideológica. La auténtica raíz del problema es la falta de prestigio social de los juristas y de la labor teórica que desarrollan, carencia que se pretende superar usufructuando el rótulo de «científico». Nos encontramos, pues, con un nuevo caso de «definición persuasiva», como lo prueba el hecho de que la polémica ha quedado circunscrita a los juristas de países de Derecho continental, y no se plantea en los del *common law* (ni se planteó tampoco, al menos como un problema importante, en la jurisprudencia romana), donde los juristas gozan de un prestigio indiscutido. En otras palabras, von Kirchmann tenía razón —y la sigue teniendo— al sostener que la jurisprudencia no es una ciencia (aunque no pueda decirse lo mismo de sus argumentos), pero se equivocaba, y con él muchos de sus comentadores, al suponer que tal afirmación, por sí misma, significa necesariamente un juicio crítico respecto a la jurisprudencia. Una de las principales carencias de su obra es no haber partido de una distinción adecuada entre la ciencia y la técnica, lo que le lleva a pensar, como a muchos otros juristas, que la jurisprudencia, si no es una ciencia, deja de ser también una actividad estimable. A mi modo de ver, la verdad es muy distinta. La jurisprudencia es una técnica, y no puede dejar de serlo, pero aceptar esto no implica relegarla a un plano de menor importancia, sino situar el problema en sus términos exactos. Si partimos, en efecto, de la idea de que la jurisprudencia es una técnica, los argumentos de von Kirchmann se vuelven, sencillamente, impertinentes. Veámoslo.

Una cuestión mal planteada.

La jurisprudencia es una técnica.

En relación con el primero de ellos, y aquí prescindimos de las críticas que cabría formular a su concepción de lo científico, cabe afirmar que lo que von Kirchmann denomina «movilidad del objeto» no sólo no es un inconveniente, sino más bien una característica estructural de la investigación técnica. Reparemos tan sólo en que el equivalente de su frase «tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura» podría encontrarse en el campo de técnicas tan prestigiosas como la informática: «la introducción en el mercado de una nueva generación de ordenadores convierte a las máquinas de las anteriores generaciones, junto con los manuales que facilitan su utilización, las técnicas concretas diseñadas para

Sobre la movilidad del objeto.

su máximo aprovechamiento, etcétera, en material obsoleto», pero nadie pensaría que con ello se trate de desacreditar a la informática. Lo importante, hay que insistir en ello, no es tanto hacer una cosa u otra —ciencia o técnica—, sino saber qué es lo que se hace.

Sobre el progreso en la técnica.

Respecto al segundo argumento, lo que cabe decir es que el progreso técnico es de naturaleza distinta al *progreso científico* (dejando de lado el significado concreto de progreso científico, que como hemos visto, es una de las cuestiones más debatidas en la teoría de la ciencia contemporánea). La investigación técnica no trata de explicar un acontecimiento, sino de estudiar cómo se puede producir un determinado resultado, dadas ciertas condiciones; su fin no es propiamente conocer, sino obtener ciertos resultados prácticos valiéndose de ciertos conocimientos. En consecuencia, una regla técnica —por ejemplo, la interpretación que hace la dogmática de un determinado artículo —será más progresiva que otra si consigue obtener más y mejores resultados; en el caso de la dogmática, si permite resolver más problemas jurídicos típicos o permite resolverlos mejor. Naturalmente, la evaluación del progreso técnico choca con dificultades semejantes a las que tenía que afrontar la ciencia. Así, el ejemplo anterior de la dogmática presupone un consenso respecto a cuáles deben considerarse como problemas jurídicos, y cuáles son los límites normativos, valorativos, etcétera, dentro de los que debe moverse la actividad de los dogmáticos.

Sobre la utilidad de la jurisprudencia.

En cuanto al tercero de los argumentos, me parece que no es difícil mostrar que la dogmática jurídica, considerada globalmente, cumple una función social útil, lo que no impide negar que una buena cantidad de las discusiones que se desarrollan en su seno sean en gran medida estériles, y muchas veces la esterilidad suele ir unida al olvido, por parte de los dogmáticos, del carácter técnico de su actividad. En pocas palabras, la función positiva de la dogmática podría explicarse así: un sistema jurídico que careciera de elaboración dogmática estaría en disposición de resolver muchos menos problemas que el mismo sistema dotado de una dogmática adecuada.

¿En qué sentido es dogmática *la jurisprudencia?*

De esta última afirmación se desprende una nueva consecuencia importante: la jurisprudencia es una actividad «dogmática» por cuanto presupone la aceptación de ciertos puntos de partida que quedan fuera de discusión. Pero ello no debe interpretarse forzosamente como algo negativo. Por un lado, el carácter *dogmático* es lo que le permite a la jurisprudencia cum-

plir su función de aumentar las posibilidades de decisión del sistema haciéndolas relativamente previsibles. Por otro lado, en la vida social siempre hay ciertas premisas que no se discuten; incluso en la ciencia, como vimos al tratar de Kuhn, los dogmas cumplen un papel relevante. Pero el uso de la expresión «dogmática jurídica» (cuyo origen parece estar en el positivismo: la jurisprudencia sería una «dogmática» porque no parte de hechos experimentales, sino de proposiciones dadas e intocables) sugiere una proximidad entre este tipo de saber y otros, como la «teología dogmática», que no conviene exagerar, pues mientras que en la teología (y al igual que ocurre en los sistemas jurídicos poco evolucionados o no secularizados) los dogmas tienen carácter inmutable, en los sistemas jurídicos desarrollados de que se ocupa la jurisprudencia, los dogmas —las normas— pueden cambiarse, como lo hacen con frecuencia, según determinados procedimientos. Una importante función de la jurisprudencia es, precisamente, la de contribuir a ese cambio.

En resumidas cuentas, carece de sentido y de interés plantearse el problema de si la jurisprudencia es o debe llegar a ser una ciencia (pero es posible que mostrar dicha falta de sentido tenga sentido). La cuestión pertinente debiera ser la de saber si, en cuanto técnica, puede incorporarse y utilizar conocimiento científico y conocimiento tecnológico procedentes, en principio, de otras áreas (por ejemplo, conocimiento proveniente de la lógica formal, la economía, la sociología, la teoría de los juegos y de decisión, de la informática, etcétera), y si tal incorporación supone o no un enriquecimiento para la dogmática. De alguna manera, en el capítulo siguiente y último de este libro se trata de dar una respuesta positiva a tal cuestión.

Bibliografía

AARNIO, A.: «On the paradigm of legal dogmatics. Problems of scientifics progress in legal research», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Suplemento, vol. 1. Wiesbaden, 1982.

ARNAUD, A.: *Les juristes face à la société. Du XIX^e siècle à nos jours.* París, PUF, 1975.

ATIENZA, M., y J. RUIZ MANERO: «Marxismo y ciencia del Derecho», en *Sistema*, núm. 64, 1985. El apartado 8 es una síntesis de este trabajo.

AUSTIN, J.: *Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia* (traducción y estudio preliminar de F. González Vicén). Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981.

BARCELLONA, P., y otros: *L'uso alternativo del diritto*, 2 vols. Bari, Laterza, 1973.

BOBBIO, N.: *Teoria della scienza giuridica*. Turín, Giappichelli, 1950.

— «Scienza del diritto e analisi del linguaggio» (1950), en *Contribución a la teoría del Derecho, ob. cit.* (este trabajo es, fundamentalmente, una síntesis del anterior).

— «Essere e dover essere nella scienza giuridica» (1967), en *Contribución a la teoría del Derecho, ob. cit.*

— «Diritto e scienze sociali» (1971), en *Contribución a la teoría del Derecho, ob. cit.*

BUENO, G.: *Idea de ciencia desde la teoría del cierre categorial*. Santander, Universidad Internacional Menéndez y Pelayo, 1976.

— «En torno al concepto de "ciencias humanas"», en *El Basilisco*, núm. 2. Oviedo, 1978.

BUNGE, M.: *La ciencia, su método y su filosofía*. Buenos Aires, Siglo XX, 1971.

— *Epistemología*. Barcelona-Caracas-México, Ariel, 1980.

CALSAMIGLIA, A.: *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*. Barcelona, Ariel, 1977.

CANNATA, C. A.: *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea* (2 tomos). Turín, Giappichelli, 1976. El apartado 1 sigue muy de cerca esta obra.

CERRONI, U.: *El pensamiento jurídico soviético, ob. cit.*

— «Conocimiento científico y Derecho», en *Introducción a la ciencia de la sociedad*. Barcelona, Grijalbo, 1977.

CHALMERS, A. F.: *¿Qué es esa cosa llamada ciencia? Una valoración de la naturaleza y el estatuto de la ciencia y sus métodos*. Madrid, Siglo XXI, 1982. El apartado 3 sigue muy de cerca esta obra.

DÍAZ, E.: *Sociología y filosofía del Derecho, ob. cit.*

EDELMAN, B.: *La práctica ideológica del Derecho. Elementos para una teoría marxista del Derecho* (trad. R. Carrión). Madrid, Tecnos, 1980.

EHRLICH, E.: *I fondamenti della sociologia del diritto* (trad. italiana de A. Febbrajo). Milán, Giuffrè, 1976.

ENGELS, F.: «El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado», en K. Marx-F. Engels: *Obras escogidas, ob. cit.*

FEBBRAJO, A.: «Introduzione» a N. Luhmann: *Sistema giuridico e dogmatica giuridica.* Bolonia, Il Mulino, 1976.

FEYERABEND, P. K.: *Tratado contra el método. Esquema de una teoría empirista del conocimiento* (trad. D. Ribes). Madrid, Tecnos, 1981.

FREUND, J.: *Las teorías de las ciencias humanas.* Barcelona, Península, 1975.

GONZÁLEZ VICÉN, F.: *Estudios de filosofía del Derecho* (1979), *ob. cit.*

— «La escuela histórica del Derecho», en *Anales de la cátedra F. Suárez*, núms. 18-19. Granada, 1978-1979. Para el desarrollo de la jurisprudencia europea en el siglo XIX he tenido muy en cuenta este artículo y los que integran el libro citado.

GUASTINI, R.: «L'ambigua utopia. Marx criticato da Kelsen», en *Sociologia del diritto*, 2, 1982.

HART, H. L. A.: *El concepto de Derecho, ob. cit.*

HERNÁNDEZ GIL, A.: *Metodología de la ciencia del Derecho* (3 vols.). Madrid, 1971.

— *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica.* Madrid, Cuadernos Civitas, 1976.

— *La ciencia jurídica tradicional y su transformación.* Madrid, Cuadernos Civitas, 1981.

HIERRO, L.: *El realismo jurídico escandinavo.* Valencia, Fernando Torres, 1981.

HOLMES, O. W.: *La senda del Derecho* (prólogo de E. A. Russo). Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975.

IHERING, R.: *El fin en el Derecho, ob. cit.*

— *La lucha por el Derecho* (trad. A. Posada, prólogo L. Alas). Madrid, Doncel, 1976.

JORI, M.: *Il metodo giuridico tra scienza e politica.* Milán, Giuffrè, 1976.

— «Oggetto e metodo della scienza giuridica», en *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali (Studi dedicati a Norberto Bobbio)* (ed. preparada por U. Scarpelli). Milán, Comunità, 1983.

KANTOROWICZ, H.: «Las épocas de la ciencia del Derecho», en G. Radbruch: *Introducción a la filosofía del Derecho* (trad. W. Roces). México-Madrid-Buenos Aires, F.C.E., 1974⁴.

KELSEN, H.: *La teoría comunista del Derecho y del Estado.* Buenos Aires, Emecé, 1958.

— *Teoría pura del Derecho* (1979), *ob. cit.*

KIRCHMANN, J. H. VON: *La Jurisprudencia no es ciencia* (trad.

y escrito preliminar de A. Truyol). Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

KNAPP, V.: «La ciencia jurídica», en M. Dufrenne y V. Knapp: *Corrientes de investigación en las ciencias sociales. 3. Arte y Estética. Derecho.* Madrid, Tecnos, 1982.

KUHN, T. S.: *La estructura de las revoluciones científicas* (trad. A. Contín). México, F.C.E., 1971.

— *La función del dogma en la investigación científica.* Valencia, Cuadernos Teorema, 1979.

LAKATOS, I.: *La historia de la ciencia y su reconstrucción racional.* Madrid, Tecnos, 1975.

— *La metodología de los programas de investigación científica.* Madrid, Alianza Editorial, 1983.

LARENZ, K.: *Metodología de la ciencia del Derecho* (trad. de la 4.ª ed. alemana —1979— de M. Rodríguez Molinero). Barcelona-Caracas-México, Ariel, 1980.

LATORRE, A.: *Introducción al Derecho.* Barcelona, Ariel, 1968.

LEGAZ, L.: *Filosofía del Derecho.* Barcelona, Bosch, 1979[5].

LÉVI-STRAUSS, C.: *Criterios científicos en las disciplinas sociales y humanas* (trad. F. Castilla, introducción de F. Rubio Carracedo). Valencia, Cuadernos Teorema, 1978.

LÓPEZ CALERA, N. M., M. SAAVEDRA y P. ANDRÉS IBÁÑEZ: *Sobre el uso alternativo del Derecho.* Valencia, Fernando Torres, 1978.

LÓPEZ RUIZ, F., y P. J. BARBADO: «Ensayo de aplicación de las metodologías α y β operatorias en las ciencias jurídicas», en *Universidad y Sociedad. Revista del Centro Regional de Madrid asociado a la UNED*, núm. 7. Madrid, 1983.

LOSANO, M. G.: *Sistema e struttura nel diritto*, vol. I: *Dalle origini alla scuola storica.* Turín, Giappichelli, 1968.

— *Los grandes sistemas jurídicos. Introducción al Derecho extranjero y europeo* (trad. A. Ruiz Miguel). Madrid, Debate, 1982.

LUKIC, R.: *Théorie de l'État et du droit* (trad. M. Gjidara). París, Dalloz, 1974.

LLOYD, D.: *Introduction to Jurisprudence, ob. cit.*

MACCORMICK, N.: *H. L. A. Hart.* Bunglay, Edward Arnold, 1981.

MIAILLE, M.: *Une introduction critique au droit.* París, Masperó, 1976.

MORTARI, V. P.: voz «dogmatica giuridica. Premessa storica», en *Enciclopedia del Diritto.* Milán, Giuffrè.

MUGUERZA, J.: «Nuevas perspectivas en la filosofía contemporánea de la ciencia», en *Teorema*, núm. 3. Valencia, 1973.

NINO, C. S.: *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*. México, UNAM, 1974.
— *Algunos modelos metodológicos de «ciencia» jurídica*. Venezuela, Universidad de Carabobo, 1979.
— *Introducción al análisis del Derecho* (1980), *ob. cit.*
OLIVECRONA, K.: *El Derecho como hecho* (trad. de la 2.ª ed. de L. López Guerra). Barcelona, Labor, 1980.
PÁRAMO, J. R.: *H. L. A. Hart y la teoría analítica del Derecho* (prólogo de G. Peces-Barba). Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
PARESCE, E.: voz «dogmatica giuridica», en *Enciclopedia del Diritto*. Milán, Giuffrè.
PAŠUKANIS, E. B.: *Teoría general del Derecho y marxismo, ob. cit.*
PATTARO, E.: *Filosofía del Derecho. Derecho. Ciencia jurídica* (trad. J. Iturmendi). Madrid, Reus, 1980.
PIAGET, J.: «La situación de las ciencias del hombre dentro del sistema de las ciencias», en el vol. colectivo *Tendencias de la investigación en las ciencias sociales* (trad. P. Castrillo y P. Gimeno). Madrid, Alianza Universidad, 1975.
POPPER, K.: *La lógica de la investigación científica* (trad. V. Sánchez de Zavala). Madrid, Tecnos, 1965.
— *El desarrollo del conocimiento científico* (trad. N. Míguez). Buenos Aires, Paidos, 1968.
— *Conocimiento objetivo* (trad. C. Solís). Madrid, Tecnos, 1974.
POUND, R.: *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico* (trad. y estudio preliminar de J. Puig Brutau). Barcelona, 1950.
QUINTANILLA, M. A.: voces «filosofía de la ciencia» y «el mito de la ciencia», en *Diccionario de filosofía contemporánea* (dirigido por M. A. Quintanilla). Salamanca, Sígueme, 1976.
RENNER, K.: *Gli istituti del diritto privato e la loro funzione sociale, ob. cit.*
ROSS, A.: *Hacia una ciencia realista del Derecho* (trad. J. Barboza). Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961.
— *Sobre el Derecho y la justicia* (1963), *ob. cit.*
RUIZ MIGUEL, A.: *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
SACRISTÁN, M.: «El trabajo científico de Marx y su noción de ciencia», en *Sobre Marx y marxismo. Panfletos y materiales*. I. Barcelona, Icaria, 1983.
SAVIGNY, F. K. VON: «De la vocación de nuestro siglo para la

legislación y la ciencia del Derecho» (trad. J. Díaz), en Thibaut-Savigny: *La codificación* (introducción de J. Stern). Madrid, Aguilar, 1970.

STAMMLER, R.: *Tratado de filosofía del Derecho* (trad. W. Roces). México, Editora Nacional, 1980.

STOYANOVITCH, K.: *El pensamiento marxista y el Derecho.* Madrid, Siglo XXI, 1977.

TREVES, R.: *Lezioni di filosofia del diritto.* Milán, Gisalpino-Goliardica, 1969.

— *Introducción a la sociología del Derecho* (1978), *ob. cit.*

VIEHWEG, T.: *Tópica y Jurisprudencia* (trad. L. Díez-Picazo, prólogo E. García de Enterría). Madrid, Taurus, 1964.

WEBER, M.: *Economía y sociedad, ob. cit.*

WIEACKER, F.: *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna* (trad. F. Fernández Jordán). Madrid, Aguilar, 1957.

5. LA SITUACIÓN ACTUAL DE LOS SABERES JURÍDICOS

5.1. Ciencia del Derecho y saberes jurídicos

Hemos cerrado el capítulo anterior estableciendo dos conclusiones que tienen una particular importancia: una es que la dogmática jurídica, lo que generalmente se denomina «ciencia» jurídica, no es —ni tiene sentido pretender que lo sea— una actividad propiamente científica, sino más bien una técnica social específica; la otra es que el mapa de los saberes jurídicos tiene unos contornos que rebasan con mucho los del saber jurídico tradicional. Por otra parte, ambas conclusiones están estrechamente interconectadas. En este capítulo se tratará de ofrecer al lector una visión de cuál es la situación actual de los saberes jurídicos, pero este desarrollo de la segunda conclusión influye en la primera, por lo menos en dos sentidos: 1) el hecho de que la dogmática jurídica sea una técnica, y no una ciencia, no excluye que pueda haber otros saberes jurídicos de tipo científico; 2) si la dogmática jurídica pretende configurarse no sólo como una técnica, sino como una tecnología (es decir, como una técnica que emplea conocimiento científico; por así decirlo, como una actividad más próxima a la agronomía que a la agricultura tradicional), es imprescindible que se abra hacia los otros saberes jurídicos en busca de teorías y métodos que puedan ser operativos en la tarea de aplicar, desarrollar y sistematizar el Derecho positivo. Aquí no es posible, sin embargo, examinar con detalle todo este panorama, en realidad sumamente complejo y extenso, de manera que me limitaré a aludir a algunos de estos métodos y disciplinas, con objeto de poder dedicar a otros una cierta atención.

Como hemos indicado en varias ocasiones, la dogmática jurídica estudia el Derecho vigente en un cierto ámbito espacial que, en general, tiende a coincidir con el de las naciones. Por eso, una primera superación del punto de vista «interno» de la dogmática lo constituye la Historia del Derecho y el Derecho comparado, que suponen una ampliación del objeto de reflexión —el Derecho— en una doble dimensión: temporal y espacial.

La Historia del Derecho.

Como disciplina científica, la Historia del Derecho (o, mejor dicho, la historiografía jurídica) surge en el siglo XIX a partir de la escuela histórica. Como vimos en el anterior capítulo, para Savigny, el conocimiento de la historia del Derecho de cada pueblo era una condición indispensable para la construcción de una ciencia sistemática del Derecho. En otras palabras, para los autores de esta escuela, la historia del Derecho tiene un valor instrumental. Formaría parte de la ciencia jurídica, más bien que de las ciencias históricas (hoy, sin embargo, tiende a prevalecer la posición de que la historia del Derecho es una especialidad de la historiografía, aunque con peculiaridades propias [Tomás y Valiente]). Por otro lado, mientras que Savigny y la mayoría de los autores de su escuela cultivaron, en esencia, la historia del Derecho privado —en particular, la del Derecho civil—, en el siglo XIX se desarrolló otro movimiento, tanto en la Europa continental (Waitz) como en Gran Bretaña (Pollock, Maitland), que se centró en la historia constitucional y cultivó una historiografía jurídica estrechamente vinculada con la historia política, social y económica. De la Historia del Derecho forma parte también el Derecho romano (y, en buena medida, también el Derecho canónico) en cuanto estudio de un ordenamiento jurídico que estuvo vigente durante un amplio lapso, alcanzó un considerable nivel de complejidad e influyó decisivamente en la configuración de los sistemas jurídicos europeo-continentales. La Historia del Derecho guarda relaciones estrechas con el Derecho comparado y la sociología del Derecho (un autor del siglo XX, Lévy-Bruhl, propuso reunir estas tres disciplinas para formar una única ciencia, la *Jurística*) y con la antropología jurídica. Y junto con la filosofía del Derecho, es la única disciplina jurídica no dogmática presente en los planes de estudio de las facultades de Derecho españolas.

El Derecho comparado.

Hemos visto anteriormente cómo diversos autores de finales del XIX habían utilizado el método comparativo con objeto de descubrir la ley que gobierna la evolución de los Derechos. Pero a la comparación de Derechos también se recurrió, desde la se-

gunda mitad del XIX, como instrumento de política legislativa. El estudio de la *legislación comparada* debía servir, en efecto, para proporcionar indicaciones y sugerencias útiles destinadas a la redacción de los nuevos códigos y leyes, y éste es el motivo de que la utilización del método comparativo quedase circunscrita, en general, a los sistemas de una misma familia jurídica. En el siglo XX, el Derecho comparado (más adecuado, pero también más inusual, sería hablar de «Comparación de Derechos») se ha desarrollado bajo el impulso de la unificación legislativa (aunque sólo se haya logrado en marcos geográficos restringidos y para aspectos determinados: un ejemplo importante es el Derecho comunitario europeo) y de la armonización de los sistemas jurídicos, como consecuencia del aumento progresivo de las relaciones de interdependencia internacionales, sobre todo en materia económica y comercial. Sin embargo, el estudio del Derecho comparado cumple en sí mismo una función importante: la de ayudar a comprender el punto de vista ajeno. Puede decirse (R. David) que es un instrumento de entendimiento internacional, de coexistencia pacífica, y proporciona, junto con la Historia del Derecho, la perspectiva necesaria para un mejor conocimiento del Derecho nacional (de la misma manera que el conocimiento de una lengua extranjera nos ayuda a conocer mejor la propia). Por otro lado, se pueden distinguir dos niveles distintos de comparación: el uno consiste en la comparación entre los diversos sectores e instituciones de un mismo sistema jurídico; el otro, en la comparación entre diversos ordenamientos jurídicos tomados en su conjunto, o bien entre diversas instituciones o sectores jurídicos pertenecientes a sistemas diferentes.

La teoría general del Derecho.

La teoría general del Derecho se ha construido, precisamente, recorriendo alguna de estas dos vías comparativas, para llegar a un nivel superior de abstracción: la primera fue la vía de los autores de la *allgemeine Rechtlehre* —iniciada por Merkel— que pretendieron extraer los principios comunes a las diversas ramas de un ordenamiento jurídico determinado; y la segunda, la dirección a que apuntaron Austin y la jurisprudencia analítica —aunque la comparación se restringiese tan sólo a los sistemas de dos o tres naciones— que trataron de elaborar los principios, conceptos y distinciones comunes a los diversos sistemas jurídicos. En todo caso, la teoría general del Derecho, salvo intentos que no tuvieron mucho éxito, como el de Pašukanis, se ha configurado como una teoría formal y abstracta del Derecho, en la medida en que no se interesa por los contenidos del

Derecho —objeto de las dogmáticas jurídicas—, pero tampoco por la evolución histórica de esas formas, por sus condicionamientos sociales y políticos.

Así pues, la dogmática jurídica, el Derecho comparado y la teoría general del Derecho se diferencian entre sí por la perspectiva más o menos abstracta (el orden de abstracción va de la dogmática jurídica a la teoría general del Derecho, pasando por el Derecho comparado) que adoptan en relación con el Derecho positivo (o los Derechos positivos). Pero tienen también algo en común: son disciplinas de las que se ocupan en exclusiva los juristas, y que no pueden reconducirse al campo de ninguna otra especialidad no jurídica. Por el contrario, tanto la Historia del Derecho como la sociología jurídica, la antropología jurídica o la psicologa jurídica caen dentro del campo de alguna ciencia humana. Ello asegura, por un lado, su cientificidad, al poder utilizar los métodos y al configurarse, en definitiva, como ramas de disciplinas cuyo carácter científico no se discute en general; pero, por otro lado, crea una nueva duplicación de saberes, en cuanto que parece existir una Historia del Derecho de los juristas y una Historia del Derecho de los historiadores, una sociología del Derecho de los juristas y una sociología del Derecho de los sociólogos, etcétera. Algo parecido ocurre también en relación con la lógica juridica o la filosofía del Derecho.

La antropología jurídica.

De la sociología del Derecho nos ocuparemos con cierta extensión en el siguiente apartado. En cuanto a la antropologia o etnología jurídica (a veces se hace una distinción entre estos dos términos de la que aquí se prescinde), esto es, el estudio de los «Derechos primitivos» o de los Derechos de los «pueblos de tecnología sencilla» (Mair), pertenezcan o no a una época pasada, su origen data también —como vimos en el capítulo anterior— de la segunda mitad del XIX, aunque no faltan precedentes importantes (por ejemplo, las obras de autores iusnaturalistas como Hobbes, Locke o Rousseau). El desarrollo de esta disciplina —que ha sido obra, sobre todo, de autores angloamericanos— ha tenido una incidencia importante en el planteamiento de muchas cuestiones de la teoría del Derecho (sin ir más lejos, en la del concepto de Derecho), pero la antropología jurídica, así como la antropología social y cultural de la que aquélla suele considerarse una rama, cumplen también una función bastante práctica: facilitar —en el pasado— la labor colonizadora de las potencias, y colaborar en la planificación del desarrollo de este

tipo de sociedades, en la medida en que el Derecho puede jugar un papel importante al respecto.

La psicología jurídica.

La psicología jurídica es una disciplina que puede considerarse todavía en sus comienzos. Mientras que en el pasado —aunque se trate de un pasado reciente— no faltaron los autores (como Bierling, Petrazhitski u Olivecrona) que trataron de construir una psicología *del* Derecho, es decir, de elaborar teorías que pretendían configurar el Derecho como un fenómeno de naturaleza eminentemente psicológica, hoy parece prevalecer la tendencia a hacer de la psicología jurídica una psicología *en* el Derecho, es decir, una psicología aplicada que utiliza los métodos de análisis psicológico —la psicología experimental— para facilitar y mejorar el funcionamiento del Derecho. Así, se han realizado investigaciones psicológicas sobre la prueba testifical, sobre el procedimiento de toma de decisiones de los jueces o del jurado, o sobre la personalidad del delincuente (este último tipo de estudios constituye el objeto de la psicología criminal que, a su vez, forma parte de la criminología). Aquí cabe hacer una referencia específica al empleo del psicoanálisis como instrumento de política legislativa dirigido a proponer cambios en las sanciones penales que se estiman adecuadas para ciertos delitos (basándose, por ejemplo, en la distinción entre delitos postedípicos y edípicos), en la regulación de la responsabilidad por daños, en la forma de regular el Derecho de familia, etcétera. Algún autor, como A. Ehrenzweig, ha ido todavía más lejos y ha propuesto una interpretación freudiana para toda la historia de la filosofía del Derecho (en particular, para explicar la contraposición entre iusnaturalismo y positivismo jurídico). Desde luego, la psicología jurídica está estrechamente ligada con la sociología jurídica, pues los componentes psicológicos que se encuentran a menudo en el Derecho no suelen ser estrictamente individuales, sino que se dan dentro de un contexto social; en este sentido, cabría hablar de una psico-sociología jurídica. Y también se vincula a la antropología jurídica, si se entiende que esta última disciplina se ocupa del estudio de los fenómenos de mentalidad jurídica primitiva que pueden encontrarse incluso en los Derechos más evolucionados (Lévy-Bruhl, Carbonnier).

Psicoanálisis y Derecho.

El análisis económico del Derecho.

En los últimos años —desde comienzos de la década de los sesenta— ha cobrado una gran importancia el llamado «análisis económico del Derecho», movimiento al que pertenecen au-

tores como Posner o Calabressi y que tiene como objetivo la utilización de categorías, métodos y técnicas de la economía en la tarea de explicar e interpretar el Derecho. Naturalmente, la problemática de las relaciones entre el Derecho y la economía no es en absoluto nueva. Las relaciones económicas no sólo juegan un papel fundamental en todas las teorías del Derecho de impronta marxista, sino que tampoco faltan las investigaciones empíricas dirigidas a mostrar la función económica de instituciones jurídicas básicas como la propiedad, los contratos, la imposición fiscal, etcétera (un precedente importante de ello es la obra de Renner a la que ya se hizo alusión anteriormente). Pero los autores que se encuadran dentro del análisis económico del Derecho y que pretenden construir una «jurisprudencia racional» irían más lejos: su punto de partida teórico es que las analogías entre la economía y el Derecho no se dan únicamente en un plano externo (el Derecho regula relaciones económicas, se establece por motivaciones económicas, etcétera) sino en un nivel más profundo. Tanto la economía como el Derecho son sistemas de distribución social de recursos y ambos obedecen a la misma lógica, pues la del Derecho privado, campo en el que se ha centrado el análisis económico del Derecho, sería la misma lógica que funciona en el mercado, a saber: la lógica de la maximización de la riqueza. En consecuencia, para cumplir las funciones que expusimos en otro lugar, la jurisprudencia debería guiarse por criterios económicos (que, de todas formas, son distintos según el tipo de teoría económica de que se parta), y no ya según los criterios jurídico-dogmáticos tradicionales. En cualquier caso, la novedad de esta corriente es relativa. Toda la obra de Pašukanis, como hemos visto en el capítulo anterior, es un intento de trasladar al Derecho el método utilizado por Marx en sus análisis del sistema económico capitalista. La diferencia con los representantes del análisis económico del Derecho radica en que estos últimos parten de la *racionalidad* de la lógica surgida del mercado, mientras que Pašukanis y, en general, los autores marxistas, lo hacen de la postura contraria. Para éste, como se recordará, la lógica jurídica, que es la lógica del intercambio de equivalentes, implica necesariamente un déficit de racionalidad, de manera que no se puede pensar en asumirla como un criterio adecuado de resolución de controversias. Por otro lado, es indudable que hoy se dispone de métodos de análisis económico inexistentes hace medio siglo.

Estructuralismo y Derecho.

Menos fértil se ha mostrado la utilización del método estructuralista en el Derecho. En contraste con los logros alcanzados en campos como la lingüística (Saussurre) o la antropología cultural (Lévi-Strauss), el estructuralismo no parece haber contribuido de manera decisiva al avance de las disciplinas jurídicas, por lo menos a las estrictamente jurídicas. Con todo, el ejemplo más interesante de utilización de este método lo constituye una obra de A. Arnaud en la que se propone descubrir, detrás de la estructura aparente y superficial del *Code* de Napoleón de 1804, que es la quintaesencia del Derecho burgués, su estructura profunda. Considerado en su estructura manifiesta, el *Code* vendría a ser la solución pacífica de la defensa del hombre contra la injusticia, el desorden y la violencia; la garantía del respeto al individuo y a sus derechos. Sin embargo, su estructura profunda muestra, según Arnaud, que establece una regla de juego de los intercambios entre los individuos de la sociedad burguesa basada en la idea de *equivalencia*. Ahora bien, como las relaciones de equivalencia son relaciones reflexivas, simétricas y transitivas, Arnaud muestra cómo de las reglas de juego del *Code* quedan excluidos quienes rompen esta equivalencia por entrar o poder entrar en relaciones en las que falta alguna de estas características. Así, su estructura profunda desmiente al Código: lo que éste protege no son los derechos del hombre sin más, sino del hombre burgués.

Perspectivas de estudio del Derecho.

Hasta aquí nos hemos referido por lo menos a tres tipos de perspectivas diferentes desde las que cabe estudiar el Derecho o alguno de sus aspectos: la perspectiva estrictamente jurídica; la de determinadas ciencias humanas o sociales que dan lugar a otras tantas disciplinas jurídicas (aunque no sólo jurídicas); y la perspectiva —que no siempre puede distinguirse netamente de la anterior— de determinados métodos que no llegan a configurar una nueva disciplina jurídica, sino que más bien tratan de incidir en las ya constituidas (además de los ya mencionados cabría añadir los métodos procedentes de la lingüística, de la teoría de los juegos, la teoría general de sistemas, etcétera). A todas estas perspectivas hay que añadir todavía: la de las ciencias formales, la de la lógica; la de la informática, técnica que es de relevancia trascendental tanto para el Derecho positivo como para el conjunto de los saberes jurídicos; y la de la filosofía, en cuanto saber específico que no puede identificarse con ninguno de los anteriores. Los siguientes apartados de este ca-

pítulo los dedicaremos, precisamente, a tratar de estas tres últimas disciplinas —la lógica, la informática y la filosofía jurídicas— y de la sociología del Derecho.

5.2. La sociología del Derecho

En los capítulos anteriores de este libro nos hemos ocupado con una cierta amplitud de temas característicos de la sociología del Derecho; en especial del problema de las funciones del Derecho, al que dedicamos el capítulo segundo, y del de las relaciones entre el saber jurídico tradicional y la sociología del Derecho, abordado en el capítulo anterior y sobre el que volveremos luego. Ahora es preciso ofrecer una visión de conjunto de esta disciplina, relativamente nueva, que ha conocido en los últimos años un considerable desarrollo —al igual que la lógica y la informática jurídicas—, pero que no ha conseguido aún penetrar en las facultades de Derecho de las universidades españolas, y no hay muchas razones para ser optimistas respecto al futuro inmediato.

Relaciones entre el Derecho y la sociedad.

Puede afirmarse que la sociología del Derecho tiene como objeto de estudio las relaciones existentes entre el Derecho y la sociedad, pero, como hemos visto, la sociología no es la única disciplina social, de manera que esta caracterización, sin ser desacertada, es quizás excesivamente genérica. La antropología jurídica, el análisis económico del Derecho o la Historia del Derecho estudian también el Derecho en cuanto fenómeno social, pero no constituyen exactamente partes de la sociología del Derecho, por más que guarden con esta última relaciones muy estrechas.

El Derecho eficaz.

En el capítulo anterior pudimos comprobar también que para diversos autores el objeto de la sociología jurídica consistía en el estudio del Derecho en acción, el Derecho eficaz o el Derecho vivo, es decir, el Derecho considerado como el conjunto de las normas que efectivamente cumple la sociedad o que son aplicadas por los jueces y funcionarios. A partir de esta caracterización se podría distinguir la sociología del Derecho de la ciencia del Derecho en sentido estricto y de la filosofía del Derecho. El objeto de estudio de la ciencia jurídica —de la dogmática jurídica— serían las normas formalmente vigentes, esto es, el Derecho *válido*, y el

de la filosofía del Derecho (o mejor dicho, de uno de sus sectores: la teoría de la justicia), el Derecho justo, es decir, las normas que configuran el modelo de lo que debería ser el Derecho. Otra manera equivalente de decir lo mismo consiste en caracterizar a la ciencia jurídica en sentido estricto, a la sociología del Derecho y a la filosofía del Derecho como disciplinas que se ocupan, respectivamente, de las normas, hechos y valores jurídicos. Esta forma de entender la sociología del Derecho también es aceptable, pero corre el riesgo de ser demasiado estricta (y quizá, también, por las mismas razones expuestas antes, amplia en exceso). La sociología del Derecho no estudia sólo el Derecho en acción, el Derecho eficaz, sino también el proceso de formación de tal Derecho y los efectos que produce en la sociedad (la eficacia social del Derecho). Además, objeto de interés para el sociólogo no lo son únicamente las normas o los hechos en que consiste su producción y aplicación, sino también los valores que representan, las ideologías jurídicas que las subyacen, las instituciones encargadas de producir y aplicar el Derecho, etcétera.

Derecho eficaz y eficacia social del Derecho.

En realidad, no parece posible trazar una caracterización muy precisa de la sociología del Derecho que pueda ser compartida por todos los cultivadores de la disciplina (Treves, 1978 y 1984). Los temas, métodos e intereses de cada autor o escuela difieren entre sí, a veces en forma notable. Esto es, en parte, una consecuencia del carácter especialmente problemático de las ciencias sociales —o ciencias humanas— que en su momento tuvimos ocasión de poner de manifiesto, pero también del carácter híbrido o de cruce de la sociología del Derecho. En efecto, esta disciplina puede —y suele— ser cultivada tanto por juristas como por sociólogos, y de ello resultan dos enfoques característicamente diferentes. Los juristas se interesan, sobre todo, por construir una sociología *en* el Derecho que pueda servir como un instrumento útil en la tarea de elaborar y aplicar un sistema de Derecho positivo; para muchos juristas actuales, la introducción del análisis sociológico en el Derecho constituye, en esencia, un correctivo frente a la tendencia hacia el formalismo del saber jurídico tradicional, de la dogmática jurídica. Los sociólogos, sin embargo, propenden a la construcción de una sociología *del Derecho* en cuanto disciplina que cumple una función eminentemente cognoscitiva. La sociología del Derecho aparece como una rama de la sociología general, que utiliza sus mismos métodos y que, incluso, se extiende por todos los

Sociología en *el Derecho y sociología* del *Derecho.*

campos de las sociologías particulares (por algo el Derecho está presente en todos los sectores sociales), por ejemplo, el de la sociología de las profesiones, de la familia, de las relaciones laborales, de la política, del conocimiento, etcétera. Esta última distinción no coincide con otra que suele trazarse entre la sociología teórica y la sociología empírica, es decir, entre quienes tratan de construir una teoría general de la sociedad —y, por lo tanto, una teoría del lugar que el Derecho ocupa en ella—, y quienes centran su interés en la realización de investigaciones empíricas, utilizando métodos como la encuesta, el muestreo o las estadísticas. En el capítulo segundo, y a propósito de un determinado problema, el de las funciones sociales del Derecho, vimos cómo podía abordarse desde estas dos perspectivas que, por otro lado, no deben considerarse contrapuestas, sino más bien complementarias: la construcción de teorías —de mayor o menor grado de generalización— y la realización de trabajos empíricos para recabar datos son, sencillamente, aspectos o fases distintas de la investigación científica.

Teoría sociológica e investigaciones empíricas.

Desarrollo histórico de la sociología del Derecho.

Mas para comprender cuál es la situación actual de la sociología del Derecho y dar cuenta de sus principales problemas y aportaciones conviene hacer algo de historia. La reflexión sobre el carácter social del Derecho tiene, naturalmente, unos orígenes muy remotos que pueden remontarse a las obras de algunos sofistas (como Trasímaco), Aristóteles, Vico o Montesquieu. Sin embargo, la sociología en cuanto *ciencia* social tiene un origen más reciente que la *filosofía* social, y que suele situarse hacia finales del XVIII o comienzos del XIX. A. Comte (1798-1857) fue quien utilizó por primera vez la expresión «sociología». Pero, curiosamente, los primeros «sociólogos» (los padres fundadores de la disciplina) manifestaron una actitud bastante hostil hacia el Derecho. Tanto Saint-Simon, como Comte y Marx construyeron teorías de la evolución de la sociedad en las que los elementos jurídico-políticos pasan a un segundo plano en relación con los factores económico-sociales. Téngase en cuenta que el trasfondo histórico de la constitución de la sociología como ciencia es el paso de una sociedad agraria a una sociedad industrial, fenómeno que estaba ocurriendo entonces en diversos países europeos. Tanto en la sociedad industrial de Saint-Simon, como en el estadio científico o positivo de la sociedad de Comte, como en la sociedad comunista de Marx, el Derecho, o bien ha dejado de existir, o bien ha pasado a desempeñar un papel relativamente modesto. Por parte de los juristas, el cli-

ma no era tampoco favorable para la constitución de una sociología del Derecho. Prescindiendo de algunos precursores como Savigny y Bentham —que, según vimos, sostuvieron concepciones contrapuestas acerca de las relaciones entre el Derecho y la sociedad— los principales representantes de la ciencia jurídica del XIX desarrollaron concepciones del Derecho que tendían a aislarlo de los fenómenos sociales.

Hacia finales del XIX es cuando se franquean los obstáculos teóricos que bloqueaban el camino para la constitución de una sociología del Derecho. Desde el campo de los estudios jurídicos, la apertura hacia la sociología la encabezaron los juristas que encuadramos en el movimiento de «revuelta contra el formalismo» de la ciencia jurídica que se desarrolla tanto en Francia como en Centroeuropa y en Estados Unidos. Junto a las de estos cabe recoger las aportaciones de autores de inspiración socialista o marxista, como Lasalle, Menger y Renner (el de Gumplowicz puede considerarse como un caso aparte). Como antes vimos, Ehrlich fue el autor de una de las primeras obras en cuyo título aparece la expresión «sociología del Derecho» (sus *Gründegund der Soziologie des Rechts* se publicaron en 1913). Desde el campo de la sociología, tanto en la obra de E. Durkheim como en la de H. Spencer —el fundador de la sociologia inglesa— y en la de F. Tönnies, el Derecho juega un papel destacado; tanto, que en sus obras la sociología del Derecho no puede separarse de la sociología general. Lo que caracteriza a la teoría de la evolución social de Spencer es el paso de las sociedades de tipo militar —con predominio del *status*— a las sociedades industriales, que se basan en el *contrato*. Para Durkheim, el Derecho es lo que sirve para diferenciar las dos formas de solidaridad posibles: la solidaridad mecánica, propia de las sociedades primitivas, que se caracteriza por el predominio del Derecho represivo; y la solidaridad orgánica, propia de las sociedades evolucionadas, que se caracteriza por el predominio del Derecho cooperativo o Derecho dotado de sanción restitutiva. Finalmente, esta última distinción es muy semejante a la que había trazado algunos años antes Tönnies entre *comunidad (Gemeinschaft)* y *sociedad (Gesellschaft)*, entre Derecho comunitario y Derecho societario.

Max Weber.

Pero el verdadero fundador de la sociología del Derecho ha sido seguramente el sociólogo alemán Max Weber (1864-1920), a quien debe considerarse, con toda justicia, como uno de los más poderosos pensadores de los últimos siglos. A Weber se

debe, entre otras aportaciones (Treves, 1978), una concepción del Derecho que une la teoría jurídica de la coerción con la teoría política de la legitimación del poder. Para él, el Derecho es un ordenamiento legítimo cuya validez está garantizada desde el exterior mediante la posibilidad de la coerción; la tesis de la progresiva racionalidad del Derecho y de la conexión existente entre capitalismo, Estado moderno y Derecho racional-formal; la tesis de la neutralidad de la ciencia y, por tanto, la diferenciación entre la política y la ciencia (esta última se limitaría a señalar los medios adecuados para cumplir ciertos fines, mientras que el cometido de la política es fijar tales fines); la distinción y separación entre la ciencia jurídica y la sociología del Derecho: la primera estudia los contenidos de las normas jurídicas, la segunda los comportamientos de los miembros de un grupo en relación con las normas vigentes; la concepción funcional de la sociedad de la que tratamos por extenso en el capítulo segundo, aunque algunos autores (Marsal) consideren que en la extensa y compleja obra de Weber también hay base para extraer una concepción distinta de la sociedad. En todo caso, el funcionalismo —que ya se anunciaba en las obras de Comte, Spencer o Durkheim— es la concepción predominante en la sociología contemporánea y también en la sociología del Derecho. Dentro de este amplio movimiento cabe encuadrar a autores de los años treinta y cuarenta, como Horváth, Timacheff y Geiger, así como a otros sociólogos que desarrollan su obra después de la segunda guerra mundial: en Estados Unidos, Parsons, Bredemeier, Evans o L. M. Friedmann; en Europa, Maihofer, Auber, Schelsky, Glastra van Loon, Rehbinder o Luhmann. Con respecto a la concepción de la sociedad como conflicto, el otro gran paradigma de la sociología contemporánea, bastará con recordar lo dicho en el capítulo segundo.

Una sociología del Derecho empírica.

Pero después de la segunda guerra mundial, lo que caracteriza a la sociología del Derecho es la realización de numerosas investigaciones empíricas y el consiguiente desarrollo de la disciplina sobre una sólida base empírica. La sociología del Derecho aparece así como una ciencia social que utiliza sustancialmente los mismos métodos que las otras ramas de la sociología: el muestreo, la entrevista, el cuestionario, el experimento, las escalas, etcétera. En las últimas décadas se han efectuado numerosas investigaciones sobre temas como la producción y aplicación de las normas jurídicas; los efectos sociales de las normas; el Derecho y el cambio social; los valores jurídicos; las

opiniones de la gente sobre la justicia y la legalidad; las actitudes sobre las instituciones jurídicas vigentes; investigaciones sobre jueces, abogados, notarios, policías, etcétera, poniendo de manifiesto su origen social, los sistemas de reclutamiento o las funciones que desempeñan en el sistema jurídico; los hechos de los que dependen la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Esto no quiere decir, sin embargo, que la sociología del Derecho haya pasado de ser una disciplina teórica a configurarse como una ciencia puramente empírica. Junto a las investigaciones empíricas no han dejado de elaborarse teorías —a veces de un nivel máximo de abstracción, como en el caso de Luhmann— y de estudiarse cuestiones que presentan una vertiente acusadamente teórica, como el problema de la desviación y del control social. Una concepción equilibrada de la sociología del Derecho que tiene en cuenta ambas perspectivas es la de R. Treves, quien no sólo ha contribuido a desarrollar la sociología del Derecho italiana en la etapa de posguerra, sino que ha sido también uno de los principales animadores de la disciplina en el plano internacional. Además de impulsar la realización de numerosas investigaciones empíricas en su país, entre las que cabe destacar una amplísima sobre la administración de justicia en la sociedad italiana en transformación, Treves ha mostrado también una gran sensibilidad hacia la *teoría* sociológica —no en vano su procedencia es la filosofía del Derecho— y hacia los problemas políticos, ideológicos, etcétera, que plantea el trabajo del sociólogo del Derecho. En fin, para analizar tales problemas no ha tenido en cuenta únicamente la concepción funcionalista de la sociedad, sino también la concepción conflictualista, aunque huyendo siempre de dogmatismos y de soluciones definitivas.

Sociología del Derecho y dogmática jurídica.

Una última cuestión a plantear aquí es la de cómo ha influido el desarrollo de la sociología del Derecho en el saber jurídico tradicional, en la dogmática jurídica. En el capítulo anterior recogimos la existencia de dos tradiciones al respecto (Febbrajo): una, representada por Max Weber, Kelsen —hasta cierto punto, Hart— o Luhmann, ha mantenido la tesis de la separación entre ambas disciplinas; la otra, de la que forman parte autores como Ehrlich, Pound, Geiger, Ross o los marxistas, ha defendido —con diferentes matices— la necesidad de una ciencia integrada del Derecho. Pero si del campo de la teoría pasamos al de la práctica efectiva, hay que reconocer que, en general, la dogmática jurídica se sigue cultivando de espaldas a la sociología y a las demás ciencias sociales, si bien debe hacerse

notar la aparición de una «nueva duplicación» de los saberes jurídicos que ahora tiene lugar al nivel de cada una de las ramas de la ciencia jurídica: así, al lado del Derecho constitucional se ha desarrollado una sociología política, al lado del Derecho administrativo una ciencia de la administración, junto al Derecho internacional una ciencia de las relaciones internacionales, junto al Derecho penal, aunque sus orígenes no sean en este caso tan recientes, una ciencia criminológica, etcétera. Luhmann, al defender la tesis de la separación entre dogmática jurídica y sociología, ha dado también una serie de razones que pueden servir de explicación al hecho de que el programa de desarrollar una «dogmática sociológica» no haya tenido éxito en la práctica. Tales razones serían las siguientes: 1) La dogmática jurídica tradicional opera según el siguiente esquema: *si* se verifican ciertas condiciones (las estipuladas en las normas), *entonces* deben tomarse ciertas decisiones, cualesquiera que sean sus consecuencias sociales. Ahora bien, una dogmática sociológica tendría que orientarse no hacia las normas, hacia el pasado, sino hacia las consecuencias, hacia el futuro. Pero si ocurriera esto, se pondría en peligro la función de certeza jurídica que debe realizar la dogmática, actuando desde dentro del sistema jurídico: se pueden prever las decisiones si se toman conforme a las normas, al pasado, pero no si se atiende a las consecuencias, pues el futuro es, obviamente, más incierto y complejo que el pasado. 2) Un problema adicional es la dificultad de establecer qué consecuencias son *relevantes*: a diferencia de las condiciones establecidas en las normas, las consecuencias tienen a su vez consecuencias, de manera que se necesitarían criterios adicionales para romper la cadena de causalidad. 3) Una dogmática jurídica orientada sociológicamente vulneraría el principio de igualdad (formal): si se tiende a conseguir ciertos efectos (por ejemplo, la readaptación del delincuente, a la hora de aplicar las normas penales), entonces no cabe decidir de forma igual casos (jurídicamente) iguales. 4) Como la dogmática jurídica suministra, en esencia, criterios de decisión a los jueces, una dogmática sociológica obligaría a cambios organizativos importantes: debería modificarse el sistema de reclutamiento de los jueces, el tipo de instrucción necesaria para desempeñar la función jurisdiccional, etcétera. 5) Por la misma razón, el jurista dogmático necesitaría poseer una serie de conocimientos y de técnicas —los métodos sociológicos— que suelen ser ajenos a su formación.

La tesis de la separación.

El futuro de la dogmática jurídica.

Sin embargo, también es posible pensar que estas dificultades —que son reales— no resultan del todo insuperables. La orientación hacia las consecuencias es una exigencia irrenunciable para la dogmática, si ésta quiere adaptarse a las nuevas funciones que desempeña el Derecho en la sociedad contemporánea (por lo menos en las sociedades avanzadas) y que no es sólo la de producir certeza —es decir, funciones de garantía— sino también la de distribuir recursos y promover condiciones de igualdad (real) entre los individuos. Ciertamente, ello exige un cambio profundo en la formación de los jueces —y, en general, de los juristas teóricos y prácticos— que consiste, esencialmente, en capacitarse para desarrollar un trabajo de tipo interdisciplinar. Además, la labor del jurista dogmático no puede dirigirse tan sólo hacia la aplicación del Derecho, sino que cada vez debe orientarse en mayor medida hacia la legislación: como vimos en el capítulo anterior —y sobre ello se volverá luego al tratar de la informática jurídica— hoy no es concebible una dogmática separada tajantemente de la política jurídica; y una política jurídica eficaz no puede, desde luego, quedar al margen de la sociología. Pero si este cambio no se produjera —si el jurista diera en perseverar en su «espléndido aislamiento»— es posible que la dogmática jurídica dejara en gran medida de cumplir una función social útil y fuera progresivamente desplazada por otras técnicas sociales, lo que no sería necesariamente una ventaja. Cuando la producción y/o la aplicación de las normas jurídicas queda sobre todo en manos de técnicos no juristas, como economistas, ingenieros, etcétera (lo cual, quizás esté ocurriendo ya en España en materias como el Derecho fiscal), los resultados no son precisamente esplendorosos: el profesional sin formación jurídica suele tener unas ideas muy simplificadas acerca del proceso de interpretación y aplicación del Derecho, y a menudo ignora cuál es el contexto normativo en que se insertan las nuevas normas dictadas, comportándose, en definitiva, como el aprendiz de brujo que pone en funcionamiento mecanismos que en seguida escapan de su control y producen resultados no deseados, pero no por ello menos dañosos.

5.3. La lógica jurídica

El autor de este libro no quisiera someter a una nueva prueba la ya bien acreditada paciencia de sus lectores, pero estima como una obligación informarles de lo siguiente: no existe un concepto claro de «lógica jurídica», e incluso es una cuestión sumamente controvertida la de si la lógica es relevante para el Derecho, y de ser así, en qué medida. Frente a una tradición de la que forma parte el iusnaturalismo racionalista, la jurisprudencia de conceptos o la escuela de la exégesis que ha ensalzado el papel de la lógica en el Derecho, cabe oponer otra de signo contrario, en la que se incluye la jurisprudencia de intereses, el movimiento encabezado por el juez Holmes o la escuela de Derecho libre, desde la que se ha visto como un verdadero peligro la excesiva logificación del Derecho y de la ciencia jurídica. Es indudable que se trata de dos tipos de aproximaciones distintas a la tarea de explicar y desarrollar el Derecho, pero la contraposición no es del todo clara, quizá porque desde cada campo —o desde cada doctrina concreta— se emplea la expresión «lógica» en sentidos distintos, sólo en parte coincidentes y quizás igualmente inaceptables. Los unos exigen demasiado de la lógica; los otros contraponen falsamente la lógica a la vida, como si se tratara de una contraposición entre lo estático y lo dinámico, lo inanimado y lo animado.

Tres nociones de «lógica».

En un sentido muy amplio, la expresión «lógica» sirve para indicar tanto el conjunto de las reglas del pensamiento y de la forma de actuar correctas (por ejemplo, cuando antes se habló de «lógica del mercado»), como el estudio de éstas; así, habría tanto una lógica-arte (o técnica) como una lógica-ciencia. En un sentido estricto, la lógica se identifica con la lógica formal o deductiva, entendiendo por tal el estudio de las relaciones de *deducibilidad* entre proposiciones; en seguida aclararemos lo que quiere decir esto último. Cabe todavía un sentido intermedio que hace coincidir la lógica con la práctica y el estudio de la argumentación, incluyendo tanto los argumentos lógico-deductivos como, sobre todo, los argumentos retóricos. Aquí interesa tener en cuenta únicamente estos dos últimos sentidos de «lógica» que han dado lugar a dos maneras distintas de entender la lógica jurídica: como lógica formal aplicada o extendida al campo del Derecho, y como teoría de la argumentación jurídica. Contemplada desde otro punto de vista, esta última distinción

Lógica del Derecho y lógica de los juristas.

tiene que ver con la diferencia existente entre el lenguaje del Derecho y el lenguaje de los juristas. Hemos caracterizado fundamentalmente al Derecho como un conjunto u ordenamiento de normas. Pues bien, el análisis lógico de las normas, no sólo jurídicas, sino también morales, de trato social, etcétera, y de las relaciones entre las normas es el objeto de estudio de una reciente rama de la lógica (formal) que recibe el nombre de *lógica deóntica* o *lógica de las normas*. Pero, por otro lado, además del lenguaje del Derecho está el lenguaje de los juristas, tanto de los juristas teóricos como de los prácticos (abogados, jueces, legisladores). El análisis de los razonamientos o argumentaciones que éstos efectúan en el proceso de establecimiento, interpretación, aplicación y explicación del Derecho es el objeto de lo que cabe llamar *lógica de los juristas* (la otra, la lógica deóntica, sería una *lógica del Derecho*). Ahora bien, los razonamientos jurídicos no pueden explicarse únicamente mediante la utilización de la lógica formal deductiva (incluida la lógica deóntica), sino que para dar cuenta de muchos de ellos (de los más típicamente jurídicos) es preciso ampliar la noción de lógica, tal y como lo han hecho direcciones contemporáneas como la *tópica* de Viehweg o la *nueva retórica* de Perelman, continuando, por otro lado, una tradición que es tan antigua como la de la lógica formal. Aquí nos vamos a ocupar tanto de la lógica del Derecho como de la lógica de los juristas, pero antes es necesario efectuar una breve presentación —aunque no sea en forma muy rigurosa— de la lógica formal general y, en particular, de su parte más básica y elemental: la lógica de enunciados o lógica proposicional.

La lógica formal o lógica en sentido estricto.

Prescindiendo de algunos precursores, el fundador de la lógica en la cultura occidental fue Aristóteles, quien la desarrolló hasta tal punto que, muchos siglos después, Kant pudo referirse a ella como una ciencia «conclusa y perfecta» que desde Aristóteles no había tenido que dar ningún paso ni hacia atrás ni hacia adelante. Sin embargo, a partir de la segunda mitad del XIX, la lógica experimenta un progreso extraordinario, ante todo como consecuencia de la adopción del método matemático: de ahí que para señalar el contraste con la lógica tradicional, a la lógica contemporánea se le suela denominar también lógica matemática.

¿Qué significa «formal»?

La lógica es una disciplina *formal*, porque se ocupa de la estructura, de la forma de los enunciados y argumentos, haciendo abstracción de cualquier contenido. Este carácter «abs-

tracto» de la lógica —que ha sido también un argumento favorito de los enemigos del «logicismo»— es, sin embargo, lo que permite hacer de ella un instrumento útil para el resto de los saberes y de las prácticas discursivas: una misma estructura o forma de razonamiento puede servir, en efecto, para expresar adecuadamente un número infinito de razonamientos materiales. Por ejemplo, un argumento de la forma:

(1) $p \rightarrow q$
(2) p
(3) q

que se lee: (1) «si p, entonces q»; (2) «p»; luego* (3) «q», puede servir como estructura de: *a*) «si X es culpable de tráfico de drogas, entonces será condenado a una pena de dos años de cárcel»; «X es culpable de tráfico de drogas»; (luego) «X será condenado a dos años de cárcel»; *b*) «si es deseable que haya paz en el mundo, entonces debe cesar la carrera de armamentos»; «es deseable que haya paz en el mundo»; (luego) «debe cesar la carrera de armamentos»; *c*) «si Alicante tiene más habitantes que Barcelona, entonces tiene también más habitantes que Valencia»; «Alicante tiene más habitantes que Barcelona»; (luego) «tiene también más habitantes que Valencia».

Lógica simbólica.

Además, la lógica formal es una lógica «formalizada», *simbólica*. El lenguaje de la lógica no es un lenguaje natural (el castellano, el inglés, el catalán, etcétera) sino un lenguaje artificial, construido para lograr un grado de precisión y univocidad mayor que el que existe en aquéllos. Esto se consigue mediante la utilización de símbolos adecuados («p», «q», «$\rightarrow$») cuyo significado aclararemos en seguida. Naturalmente, la mayor precisión y univocidad tiene su precio: un lenguaje lógico-formal es menos rico que un lenguaje natural: sería empresa vana, por ejemplo, pretender utilizar la lógica simbólica para escribir poesía, o incluso para escribir libros de Introducción al Derecho.

Relaciones de deducibilidad.

Finalmente, la lógica formal se ocupa de las relaciones de *deducibilidad* entre proposiciones. En los ejemplos anteriores, lo que autoriza el paso de las premisas («$p \rightarrow q$» y «p») a la conclusión («q»), esto es, lo que hace *válido* el razonamiento,

* «Luego», «por tanto», etcétera, es la traducción al lenguaje natural de la raya horizontal que separa las premisas de la conclusión.

es una regla de inferencia lógica denominada *modus ponens*. Las reglas de inferencia de la lógica permiten asegurar que si las premisas son verdaderas, entonces también lo son, de modo necesario, la o las conclusiones. Así, los tres ejemplos de razonamientos indicados antes, *a*), *b*) y *c*), son válidos desde el punto de vista de la lógica formal, pues en todos ellos se infiere según la regla *modus ponendo ponens* (es decir, en un condicional, si se afirma el antecedente se puede afirmar también el consecuente); si el razonamiento *c*) resulta inaceptable (Alicante no tiene, naturalmente, más habitantes que Valencia) es por razones materiales, no formales: si las premisas fueran ciertas, la conclusión también lo sería necesariamente.

Proposición o enunciado.

Por enunciado o proposición* se entiende (Garrido) un segmento lingüístico que tiene un sentido completo y que puede ser afirmado como verdadero o falso. Por ejemplo, «la Constitución española actualmente vigente data de 1978» es una proposición verdadera y «Alicante es una ciudad bien urbanizada» es, lamentablemente para los que vivimos en ella, una proposición falsa. A las proposiciones más simples pero que tienen por sí mismas un sentido completo (como es el caso de las anteriores) se las denomina *proposiciones atómicas* y suelen simbolizarse con las letras «p», «q», «r», etcétera. A partir de ellas y de otras partículas unitivas llamadas nexos, functores o juntores («—», «∧», «∨», «→», etcétera) se pueden formar *proposiciones moleculares*. Por ejemplo, «Alicante no es una ciudad bien urbanizada» (en símbolos, «— q») es una proposición molecular que resulta de la negación de la proposición atómica «q». La verdad o falsedad de una proposición molecular no depende de su adecuación con los hechos (no hay un hecho en el mundo que consista en no ser una ciudad bien urbanizada), sino de la verdad o falsedad de una o varias proposiciones atómicas y del sentido que se atribuye a una o varias partículas unitivas, en este caso a la negación.

Functores lógicos.

Los sistemas de lógica proposicional suelen partir de cuatro

* Se prescinde aquí de una distinción que suele establecerse entre enunciado o sentencia (nivel terminológico), por un lado, y proposición (nivel conceptual), por el otro: la proposición sería lo expresado por el enunciado. Por ejemplo, una misma proposición podría expresarse mediante enunciados distintos (así, cuando se «traduce» de un lenguaje a otro); y un mismo enunciado puede servir como vehículo de distintas proposiciones (es lo que antes se denominó ambigüedad).

functores básicos: la negación («—»), la conjunción («∧»), la disyunción incluyente («∨»), la implicación o el condicional («→»). Nosotros añadiremos aquí otros tres: la disyunción excluyente («w»), la coimplicación o equivalencia («↔») y la incompatibilidad («/»). El significado de estos elementos constantes puede establecerse mediante una «tabla de verdad» que tendría el siguiente aspecto:

p	q	— p	p ∧ q	p ∨ q	p → q	pwq	p ↔ q	p/q
V	V	F	V	V	V	F	V	F
F	V	V	F	V	V	V	F	V
V	F		F	V	F	V	F	V
F	F		F	F	V	F	V	V

Negación.

Así, cabe decir que la proposición molecular resultante de la *negación* de una proposición atómica («— p») es verdadera cuando la proposición atómica («p») es falsa; y «— p» será falsa cuando «p» sea verdadera. La negación puede traducirse en el lenguaje natural, como «no», «no es cierto», etcétera.

Conjunción.

La proposición molecular resultante de la *conjunción* de dos proposiciones («p ∧ q») es verdadera cuando las dos proposiciones atómicas sean verdaderas; y será falsa en todos los otros supuestos. El conjuntor («∧») viene a ser el equivalente de la conjunción «y» o de cualquier otra partícula con el mismo sentido («pero», «además», etcétera).

Disyunción.

La proposición molecular resultante de la *disyunción* de dos proposiciones («p ∨ q») es verdadera en el caso de que una de las dos proposiciones atómicas sea verdadera o en el caso de que lo sean las dos proposiciones atómicas; en el otro supuesto, la proposición es falsa. El disyuntor («∨») puede traducirse en castellano, aproximadamente, por «o». Sin embargo, la conjunción «o» (o cualquier otra equivalente) es ambigua, en cuanto que puede representar tanto la *disyunción incluyente* a que nos acabamos de referir, como la *disyunción excluyente*, que hemos simbolizado como «w». Así, la disyunción excluyente de dos proposiciones («pwq») será verdadera solamente en el caso de que una de las dos proposiciones atómicas integrantes sea verdadera y la otra falsa. La distinción entre estos dos tipos de

Disyunción incluyente y excluyente.

disyunción es equivalente a la que puede encontrarse en latín entre *vel* (que traduce la disyunción incluyente) y *aut* (disyunción en sentido fuerte o excluyente). Para eliminar esta ambigüedad, muchos autores suelen escribir «y/o» para referirse a la primera de las dos disyunciones y reservan «o» para la segunda. Ambos tipos de disyunciones difieren todavía de la *incompatibilidad* («p/q»), que sólo resultará ser falsa en el caso de que las dos proposiciones atómicas que la integran sean verdaderas.

Incompatibilidad.

La proposición molecular resultante de la *implicación* entre dos proposiciones («$p \rightarrow q$») es falsa en el caso de que el antecedente de la implicación sea verdadero y el consecuente falso. En todos los otros supuestos de la tabla, la implicación es verdadera. La implicación o el condicional puede traducirse en castellano por «si... entonces». El significado de la implicación (o, más precisamente, de la *implicación* extensiva*) puede ofrecer algunas dificultades, en cuanto que parece apartarse del significado que la misma tiene en el lenguaje natural. Por ejemplo, la proposición «si Alicante es una ciudad bien urbanizada, entonces Alicante tiene más habitantes que Valencia» es verdadera, al igual que «si Alicante es una ciudad bien urbanizada, entonces Alicante no tiene más habitantes que Valencia», porque en ambos casos el antecedente es falso (obviamente, la implicación también es verdadera si lo son su antecedente y su consecuente). Y las proposiciones «si Alicante es una ciudad bien urbanizada, entonces la Constitución española vigente data de 1978» y «si Alicante no es una ciudad bien urbanizada, entonces la Constitución española vigente data de 1978» son ambas verdaderas,

Implicación o condicional.

* La implicación extensiva (Klug) se distingue de la implicación intensiva («$\Rightarrow$»); la tabla de verdad de esta última sería:

p	q	$p \Rightarrow q$
V	V	V
F	V	F
V	F	V
P	F	V

Mientras que en «$p \rightarrow q$», «p» es condición *suficiente* la «q», en «$p \Rightarrow q$», «p» es condición *necesaria* de «q» (y en «$p \leftrightarrow q$», «p» es condición *necesaria y suficiente* de «q»). La distinción entre estos tipos de implicación es importante para abordar algunos problemas conceptuales del Derecho y de la teoría del Derecho.

porque es verdadero su consecuente. Dicho de otra manera, en las proposiciones de la forma «$p \rightarrow q$», la falsedad del antecedente («p») hace en todo caso verdadera la implicación; e igualmente, la implicación es verdadera siempre que el consecuente («q») sea verdadero. Esto es, tanto la falsedad del antecedente como la verdad del consecuente son condiciones suficientes para que la proposición sea verdadera.

Coimplicación o equivalencia.

Finalmente, la proposición molecular resultante de la *coimplicación* o *equivalencia* de dos proposiciones («$p \leftrightarrow q$») es verdadera en el caso de que las dos proposiciones atómicas sean verdaderas y también en el caso de que ambas sean falsas. En los otros dos supuestos, la proposición molecular resultante es falsa.

Es importante tener en cuenta que la negación (a diferencia de los otros seis) no es un functor binario, en cuanto que no exige la presencia de dos, sino tan sólo de una proposición atómica. Por otro lado, la tabla anterior no recoge todos los functores o conectivas que resultan de una proposición atómica o de la unión de dos proposiciones atómicas. En una lógica bivalente como la que estamos construyendo, en la que sólo funcionan los valores verdadero y falso (V y F, 1 y 0) serían posibles 4 functores u operadores que afectan a una sola proposición y 16 —binarios— que afectan a dos proposiciones. Pero no es necesario utilizarlos todos. Ni siquiera haría falta haber introducido todos los anteriores. Por ejemplo, los tres últimos («w», «$\leftrightarrow$» y «/») pueden expresarse (definirse) haciendo uso de los cuatro primeros: la proposición «pwq» puede sustituirse por «$(p \vee q) \wedge -(p \wedge q)$», «$p \leftrightarrow q$» por «$(p \rightarrow q) \wedge (q \rightarrow p)$» y «p/q» por «$-(p \wedge q)$».* Con los dos primeros functores («—» y «$\wedge$») pueden definirse los dos siguientes: «$p \vee q$» puede sustituirse por «$-(-p \wedge q)$» y «$p \rightarrow q$» por «$-(p \wedge -q)$». Finalmente, es posible construir lógicas con más de dos valores, llamadas lógicas polivalentes; por ejemplo, una lógica en la que funcionen tres valores: verdadero, dudoso, falso (1, ½, 0), sería una lógica trivalente. Y caben también lógicas de lo difuso, es decir, lógicas que presuponen la existencia de grados distintos de verdad y falsedad. Así, es posible que la proposición «Alicante es una ciudad bien urbanizada» sea, por ejemplo, una proposición *bastante* falsa, pero no *absolutamente* falsa, lo cual implica al mismo tiempo que es también *un poco* verdadera; la razón de ello es que la pro-

Lógicas bivalentes.

Lógicas polivalentes.

Lógicas de lo difuso.

* Y «$p \Rightarrow q$» por «$q \rightarrow p$».

piedad «ser una ciudad bien urbanizada» es una propiedad difusa que, como el color gris, habría que determinar dentro de una escala que va del blanco al negro (términos que son simplemente contrarios, pero no contradictorios) y no reducir a una simple alternativa blanco/no blanco (que serían términos contradictorios; una cosa no puede ser blanca y no blanca a un tiempo, pero sí blanca y negra en diversos grados). Los sistemas lógicos de este tipo (L. Peña), que tratan de dar cuenta de la vaguedad de nuestros conceptos en vez de eliminarla drásticamente, han empezado a desarrollarse recientemente, pero están llamados a tener una gran importancia también en el campo de la lógica jurídica. Aquí, sin embargo, no podemos entrar en detalles sobre ellos.

Un sistema de lógica formal consta, en definitiva, de los siguientes elementos: 1) un conjunto de símbolos formales que constituyen el alfabeto lógico; 2) unas reglas de formación de fórmulas que nos permiten decidir cuándo nos encontramos frente a una fórmula bien formada de la lógica; y 3) unas reglas de transformación de fórmulas que autorizan a pasar de unas fórmulas a otras. En el caso de la lógica proposicional o de enunciados (bivalente) serían como sigue:

Elementos de la lógica proposicional:

1) Los símbolos formales son, fundamentalmente, de dos tipos: *a*) variables proposicionales («p», «q», «r»...) que simbolizan enunciados cualesquiera, y *b*) constantes o juntores («—», «∧», «∨», «→») cuyo sentido ya hemos puesto de manifiesto. Además, puede añadirse un tercer tipo de símbolos, como los paréntesis «()», que cumplen una función puramente auxiliar.

símbolos formales;

2) Partiendo de que una letra enunciativa (una variable proposicional) es una fórmula atómica, pueden considerarse las siguientes reglas de formación de fórmulas: *a*) una fórmula atómica es una fórmula; *b*) si «A» y «B» son fórmulas, entonces «—A», «A∧B», «A∨B», «A→B» también lo son. La razón de que se empleen las letras «A» y «B» para representar proposiciones como «p» y «q» deriva de que las reglas de formación, al igual que las reglas de transformación, se enuncian en un lenguaje de nivel distinto. El lenguaje de la lógica proposicional sería el lenguaje objeto; el otro sería un metalenguaje perteneciente a la metalógica. Por otro lado, además de las reglas anteriores habría que establecer otras sobre el uso de los paréntesis, pero aquí no vamos a explicitarlas (basta, en realidad, con dejarse guiar por la intuición). En cualquier caso, las reglas de forma-

reglas de formación;

ción de fórmulas deben permitirnos conocer cuándo nos hallamos o no frente a una fórmula bien formada de la lógica. Debe quedar claro, además, que la expresión «fórmula bien formada» alude simplemente a una corrección de tipo sintáctico, que no nos dice nada sobre la verdad o falsedad de las fórmulas en cuestión, es decir, sobre su corrección semántica. Por ejemplo: «$p \wedge q$», «$—p \rightarrow q$», «$(p \rightarrow q) \wedge (q \rightarrow r)$», «$—r \vee s$» son fórmulas bien formadas; por el contrario, «$p —$», «$p \wedge \rightarrow r$», «$\wedge r \wedge s$» no son fórmulas.

reglas de transformación;

3) Las reglas de transformación de fórmulas constituyen lo que puede denominarse el *cálculo proposicional*, en cuanto que permiten efectuar razonamientos. Como hemos visto, los razonamientos o argumentos de que se ocupa la lógica formal son los argumentos deductivos, que se caracterizan porque en ellos el paso de las premisas a la conclusión se realiza de modo necesario o analítico: la conclusión no va más allá de las premisas; si la derivación no tiene lugar de forma necesaria, sino sintética, el razonamiento se puede llamar inductivo; en estos últimos, la conclusión va más allá de las premisas, de tal manera que su verdad no está garantizada formalmente, sino que debe comprobarse confrontándola con la realidad.

razonamiento deductivo.

Hay diversas formas de presentar un cálculo formal. Una de ellas es la forma axiomática que consiste en partir de ciertos supuestos que no han sido deducidos previamente, pero a los que se otorga un carácter privilegiado: los enunciados que cabe deducir de estos *axiomas* se denominan *teoremas*. Otra forma son los *cálculos de deducción natural*, que se caracterizan —frente al cálculo axiomático— porque resultan mucho más intuitivos, al estar más próximos a la forma convencional de efectuar razonamientos. Aquí no se parte ya de axiomas, aunque sí pueden utilizarse supuestos provisionales o subsidiarios, esto es, supuestos que deben cancelarse antes de establecer la conclusión y que reconoceremos mediante una raya trazada en el margen izquierdo de los enunciados supuestos. El procedimiento de deducción natural consiste en partir de ciertas reglas básicas cuya demostración tiene carácter puramente intuitivo. Después se introducen como nuevas reglas de transformación todas aquellas que se pueden derivar de las primeras. Garrido —siguiendo el uso introducido por G. Gentzen en 1934— parte de ocho *reglas básicas*: cuatro de ellas sirven para introducir los cuatro functores básicos (implicador, conjuntor, disyuntor y nega-

Deducción natural.

dor) y las otras cuatro para eliminarlos. Las iniciales que figuran a la izquierda de cada regla sirven para identificarlas y significan, respectivamente: introducción del implicador (II), eliminación del implicador (EI), introducción del conjuntor (IC), etcétera.

REGLAS DE INTRODUCCIÓN — REGLAS DE ELIMINACIÓN — *Reglas básicas.*

II — IMPLICADOR — **EI**

$$\begin{array}{l} \left[\begin{array}{l} A \\ \vdots \\ B \end{array}\right. \\ \hline A \rightarrow B \end{array}$$

$$\begin{array}{l} A \rightarrow B \\ A \\ \hline B \end{array}$$

IC — CONJUNTOR — **EC**

$$\begin{array}{l} A \\ B \\ \hline A \wedge B \end{array}$$

$$\begin{array}{l} A \wedge B \\ \hline A \end{array} \qquad \begin{array}{l} A \wedge B \\ \hline B \end{array}$$

ID — DISYUNTOR — **ED**

$$\begin{array}{l} A \\ \hline A \vee B \end{array} \qquad \begin{array}{l} B \\ \hline A \vee B \end{array}$$

$$\begin{array}{l} A \vee B \\ \left[\begin{array}{l} A \\ \vdots \\ C \end{array}\right. \\ \left[\begin{array}{l} B \\ \vdots \\ C \end{array}\right. \\ \hline C \end{array}$$

IN — NEGADOR

$$\begin{array}{l} \left[\begin{array}{l} A \\ \vdots \\ B \wedge \neg B \end{array}\right. \\ \hline \neg A \end{array}$$

$$\begin{array}{l} \neg\neg A \\ \hline A \end{array}$$

La reduccion al absurdo.

No es posible explicar aquí con detalle el sentido de estas ocho reglas básicas —el lector habrá advertido que la regla de eliminación del implicador (EI) no es otra que el ya familiar *modus ponens*— pero vamos a detenernos un momento en la regla de introducción de la negación (IN), también llamada de reducción al absurdo. Este tipo de argumentación comienza con la suposición de la proposición contraria a la que se quiere llegar; si a partir de dicha suposición se puede hacer derivar alguna contradicción (algún absurdo), entonces se puede concluir negando el supuesto inicial. La regla gira, pues, en torno a la idea de que una contradicción es inadmisible en un cálculo lógico. En otras palabras, una proposición contradictoria es necesariamente falsa, como puede verse en la siguiente tabla:

B	B ∧ —B
V	V *F* F
F	F *F* V

Contradicción y tautología.

Pero si lo que ha generado la contradicción («B ∧ —B») es la suposición de «A», entonces puede concluirse negando «A». La proposición en que se expresa esta regla «((A→(B ∧ —B))→—A)» es lo contrario de una contradicción. Dicha proposición es verdadera cualesquiera que sean los valores que asuman las proposiciones atómicas de que se compone, y se denomina *tautología*. Esto puede verse en la siguiente tabla de verdad, que se construye en dos pasos sucesivos para facilitar su comprensión:

1)

A	B	A → B∧—B
V	V	V *F* F
V	F	V *F* F
F	V	F *V* F
F	F	F *V* F

2)

A	B	(A→(B∧—B))→ —A
V	V	F *V* F
V	F	F *V* F
F	V	V *V* V
F	F	V *V* V

Las reglas de inferencia son tautologías.

Reglas derivadas.

Todas las reglas de inferencia de la lógica son tautologías, esto es, verdades necesarias o analíticas que, por sí mismas, no proporcionan ninguna información empírica (a diferencia de las verdades sintéticas). Esto vale tanto para las reglas básicas como para las *reglas derivadas* que son todas aquellas que pueden obtenerse a partir de las reglas básicas. Enunciaremos ahora

algunas reglas derivadas, indicando entre paréntesis el nombre bajo el que se las conoce:

(silogismo hipotético)	*(modus tollens)*	(silogismo disyuntivo)	(dilema)
$A \rightarrow B$	$A \rightarrow B$	$A \vee B$	$A \vee B$
$B \rightarrow C$	$\neg B$	$\neg B$	$A \rightarrow C$
———	———	———	$B \rightarrow D$
$A \rightarrow C$	$\neg A$	A	———
			$C \vee D$

Y mostraremos, tomando como ejemplo la primera de ellas, cómo es posible hacerlas derivar (demostrarlas) utilizando las reglas básicas (que se indican en abreviatura, a la derecha de cada paso):

1	$A \rightarrow B$		
2	$B \rightarrow C$		
3	$\ulcorner A$		
4	$\lvert B$	**EI**	1,3
5	$\llcorner C$	**EI**	2,4
6	$A \rightarrow C$	**II**	3-5

Ahora bien, hasta aquí hemos tratado solamente de una de las partes de la lógica que, por supuesto, es también la más sencilla: la lógica proposicional o de enunciados. Un lenguaje tan simple como el que hemos construido nos puede servir para simbolizar cualquier enunciado lingüístico, pero a costa de un considerable empobrecimiento. Si queremos evitarlo, debemos construir sistemas lógicos más complejos y abrir el paso a una lógica de predicados, cuantificacional, de relaciones, de clases, etcétera.

Lógica de predicados.

Por ejemplo, el enunciado «los profesores de Derecho suelen ser aburridos» podemos simbolizarlo, en la lógica proposicional, mediante una simple letra proposicional: «p». Sin embargo, si quisiéramos representar este enunciado en forma menos abstracta podríamos descomponerlo en una parte nominal («los profesores de Derecho») y una parte predicativa («suelen ser aburridos»). En la lógica de predicados, este enunciado se simboliza como «Fx» (que se lee «F de x» o bien «x tiene la propiedad F»), donde «x» es una variable individual y «F» una va-

riable predicativa; «x» es una variable individual porque designa a algún individuo perteneciente a una clase; podemos enunciar cada uno de estos individuos (cada valor de la variable) mediante las primeras letras minúsculas («a», «b», «c», «d», ...). Podemos decir también que «Fx» es una *función* proposicional, esto es, una expresión que contiene variables individuales (su valor depende del valor de las variables) y que se convierte en una proposición cuando las variables individuales resultan sustituidas por valores de sus correspondientes rangos: «Pa» —donde «a» designa al «profesor de Introducción al Derecho», que es uno de los individuos de la clase «profesores de Derecho»— sería una proposición.

Lógica cuantificacional.

Pero el enunciado «los profesores de Derecho suelen ser aburridos» no traduce seguramente con entera precisión las opiniones que al respecto suelen tener los estudiantes de Derecho. Es muy posible que muchos estudiantes piensen que «*todos* los profesores de Derecho suelen ser aburridos», pero no puede descartarse del todo que algunos de entre ellos opinen de una manera más matizada que no todos, sino sólo «*algunos* de los profesores de Derecho suelen ser aburridos». Para expresar estos matices debemos introducir en nuestro lenguaje lógico *cuantificadores* que traduzcan al lenguaje lógico partículas del lenguaje natural como «todos» o «algunos». Podemos simbolizar el cuantificador universal o generalizador mediante el signo « $\wedge$ », y el cuantificador existencial o particularizador mediante «$\vee$». La fórmula «$\wedge$x Fx» (que se lee «para todo x, x tiene la propiedad F») puede servir para expresar el enunciado «todos los profesores de Derecho suelen ser aburridos». Y «$\vee$x Fx» (que se lee «hay algún x tal que x tiene la propiedad F») para expresar el enunciado «algunos profesores de Derecho suelen ser aburridos». Obsérvese que el cuantificador universal guarda una cierta analogía con el conjuntor («$\wedge$x Fx» equivale a «Fa$\wedge$Fb$\wedge$Fc$\wedge$...Fn», en donde «n» sería el número de elementos contenidos en «x», o rango de la variable); mientras que el cuantificador existencial o particularizador presenta analogías con la disyunción («$\vee$x Fx» equivale a «Fa $\vee$ Fb $\vee$ Fc $\vee$ ... Fn»). La parte de la lógica que incluye cuantificadores se denomina *lógica cuantificacional.* La llamada *lógica de predicados de primer orden* incluye los siguientes elementos: 1) variables de enunciados; 2) functores o conectivas; 3) variables individuales; 4) variables predicativas; 5) cuantificadores de las variables individuales.

Lógica de predicados de primer orden.

Esta breve incursión en la lógica de predicados puede servir (aparte de para comprobar si *todos* o solamente *algunos* de los estudiantes de Derecho pueden llegar a sentir tedio con la lógica) para permitirnos simbolizar con cierta precisión algunos razonamientos jurídicos usuales. Así, el silogismo subsuntivo, esto es, el tipo de razonamiento que efectúa el juez al dictar sentencia, podría representarse mediante el siguiente esquema:

El silogismo subsuntivo.

$$\frac{\begin{array}{l}\bigwedge x\ Fx \rightarrow Sx \\ Fa\end{array}}{Sa}$$

que traduce, pero con mayor exactitud, el primer ejemplo de *modus ponens* utilizado anteriormente. La primera premisa, la premisa mayor, podría ahora leerse: «para todo x (donde x es una variable individual cuyo ámbito son los individuos a los que cabe imputar delitos) si x ejecuta actos de tráfico de drogas, entonces será castigado con la pena de prisión mayor (artículo 344 del Código penal)»; la segunda premisa, la premisa menor: «el individuo "a" —que pertenece a la clase de los "x"— ha ejecutado actos de tráfico de drogas»; y la conclusión —es decir, el fallo de la sentencia—: «al individuo "a" se le impone la pena de prisión mayor». El juez, al dictar su sentencia efectúa, pues, una sencilla operación lógica (que consiste en *subsumir* los hechos de que tiene conocimiento —la premisa menor— en la norma —la premisa mayor—), pero esto no quiere decir, desde luego, que la tarea argumentativa de los jueces se reduzca a solucionar un simple *modus ponens*: las normas necesitan siempre ser interpretadas (¿qué significa con exactitud en el supuesto anterior ser «traficante de drogas»?) y los hechos no los conoce el juez directamente, sino a través de la prueba; en el proceso completo de la argumentación judicial —a fin de llegar a establecer las normas y los hechos— entran en juego muchas otras reglas lógicas, e incluso reglas no estrictamente lógicas (es decir, no lógico-deductivas) como tendremos ocasión de comprobar más adelante.

Argumentos «de mayor a menor» y «de menor a mayor».

Otro tipo de argumentación que exige el uso de cuantificadores son los argumentos de mayor a menor *(a maiore ad minus)* y de menor a mayor *(a minore ad maius)*. El primero de ellos puede representarse mediante el siguiente esquema:

$$\frac{\bigwedge x\ Fx}{\bigvee x\ Fx}$$

que puede ejemplificarse así: «todos los propietarios de inmuebles pueden inscribir sus bienes en el Registro de la Propiedad», luego «existe algún propietario de inmuebles que puede inscribir sus bienes en dicho Registro».

La manera de argumentar de menor a mayor puede representarse mediante estos dos esquemas:

1) $\dfrac{\neg(\bigvee x\ Fx)}{\neg(\bigwedge x\ Fx)}$ 2) $\dfrac{\bigvee x\ Fx \quad Fa}{\bigwedge x\ Fx}$

el primero de los cuales es deductivamente válido, a diferencia del segundo. El primero, en efecto, permite pasar de afirmar «algunos propietarios de bienes muebles no pueden inscribir dichos bienes en el Registro de la Propiedad» a la conclusión «no todos los propietarios de bienes muebles pueden inscribir dichos bienes en el Registro». Mientras que las premisas del segundo esquema dirían lo siguiente: «existen algunos propietarios de bienes muebles que pueden inscribir tales bienes en el Registro», y «el individuo "a" —que es un propietario de bienes muebles— puede inscribir su propiedad en el Registro». La conclusión que se extrae de ahí: «Todos los propietarios de bienes muebles pueden inscribir su propiedad en el Registro» no lo es por vía deductiva, sino inductiva. La conclusión no es necesariamente verdadera (supuesto que las premisas lo sean), pero es más o menos plausible, según se cumplan o no determinadas condiciones: por ejemplo, que el individuo «a» no presente ninguna característica especial dentro de los individuos de su clase, y que la primera premisa se haya establecido con independencia de la segunda (es decir, que no sea la consecuencia de la constatación de que el individuo «a» tiene la propiedad «F»).

Lógica de relaciones.

Pero volvamos de nuevo a ocuparnos del aburrimiento causado por los profesores de Derecho. Estos tristes seres pueden influir negativamente no sólo en el ánimo de los estudiantes, sino también en el de sus familiares o amigos, por lo que es

conveniente indicar cuál es en cada caso la clase de individuos afectados. Si lo que se quiere expresar no es, abstractamente, que «los profesores de Derecho suelen ser aburridos», sino, por ejemplo, que «los profesores de Derecho suelen aburrir a sus estudiantes», debemos modificar en algún sentido nuestro anterior esquema predicativo («Fx»). Antes, el predicado «suelen ser aburridos» era *monádico,* en cuanto que sólo tenía una única clase de referencia (los profesores de Derecho). Pero el último enunciado sólo puede simbolizarse adecuadamente mediante un predicado diádico, *relacional,* que requiere la presencia de dos variables individuales. En definitiva, tal enunciado puede simbolizarse ahora como «Rxy», que se lee: «x tiene la relación R con y». Por otro lado, se distinguen diversos tipos de relaciones lógicas. Así, se dice que una relación es *reflexiva,* cuando una entidad «x» tiene la relación «R» consigo misma («$\bigwedge$x Rxx»); por ejemplo, «idéntico a». Es *simétrica* cuando vale «$\bigwedge$x $\bigwedge$ y Rxy$\rightarrow$Ryx»; por ejemplo, «hermano de» («ascendiente de» sería un caso de asimetría). Y transitiva cuando vale «$\bigwedge$x$\bigwedge$ y Rvy $\wedge$ Rxz$\rightarrow$Ryz»; por ejemplo, «compatriota de» («amigo de» solamente lo sería cuando se cumple el principio de que «los amigos de mis amigos son mis amigos»). Las relaciones que son al mismo tiempo reflexivas, simétricas y transitivas se llaman relaciones de *equivalencia*; por ejemplo, «igual a» es una relación de equivalencia («semejante a» sería reflexiva y simétrica, pero no transitiva). Afortunadamente, la relación «aburrir a» no es necesariamente ni reflexiva, ni simétrica ni transitiva.

Lógica de clases.

Finalmente, cabe hacer una referencia a la *lógica de clases,* que es una lógica *extensional* porque no tiene en cuenta notas o propiedades —el aspecto intensional—, como ocurría en la lógica de predicados, sino conjuntos o clases de individuos u objetos cualesquiera. Para representar conjuntos de individuos (clases) suelen utilizarse las primeras letras del alfabeto griego («α», «β», «γ», «δ»...), mientras que para simbolizar individuos u objetos concretos se emplean las primeras letras minúsculas («a», «b», «c», «d»...). La letra griega «ε» sirve para simbolizar la inclusión de un individuo en una clase. Por ejemplo, «Juan Ruiz es un profesor de Derecho» puede simbolizarse como «a ε α». Además, se utilizan una serie de functores o constantes que sirven para conectar clases con clases. «$\alpha \cup \beta$» indica la *suma lógica* entre la clase «α» y la clase «β»; por ejemplo, si «α» es la clase de los profesores de Derecho y «β» la de los profesores que suelen producir aburrimiento, la suma lógica —cuyo senti-

do es análogo al de la disyunción «∨»— será la clase de todos los individuos que pertenezcan a una clase, a otra o bien a ambas. «$\alpha \cap \beta$» indica el *producto lógico* o la intersección entre clases: en nuestro ejemplo, denotará la clase de los individuos que pertenezcan al mismo tiempo a «α» y a «β» —este functor se corresponde con la conjunción «∧». «$\alpha \subset \beta$» indica que la clase «α» está *incluida* en la clase «β»; el functor «$\subset$» se corresponde con la implicación «$\rightarrow$». Finalmente, «$\bar{\alpha}$» servirá para indicar la *clase complementaria* de «α», es decir, la clase de los individuos no pertenecientes a «α»; si el universo del discurso está compuesto por las clases «α» y «β», el complemento de «α» («$\bar{\alpha}$») (este functor se corresponde con la negación «—») es la clase de los profesores que no lo son de Derecho pero que suelen producir aburrimiento (y que, por cierto, aunque quizá no le sirva de consuelo al lector de este libro, no es una clase vacía).

Argumento por analogía.

Y veamos ahora cómo se puede utilizar la notación de la lógica de clases para representar uno de los razonamientos más característicamente jurídicos: el argumento por analogía, *a simili* o *a pari* (Klug). Examinemos la siguiente situación. En nuestro país, como en casi todos, los rendimientos del capital mobiliario (es decir, el dinero que nos paga el Banco por depositar ahí nuestro dinero) están sometidos a un impuesto; en consecuencia, los Bancos sólo abonan a sus clientes una parte del rendimiento de su dinero, mientras que la otra —la correspondiente al pago del impuesto— la retienen con objeto de ingresarla en la Hacienda Pública. Pero últimamente, los Bancos han descubierto un procedimiento para retribuir mejor a sus depositantes sin que a ellos les cueste más y consiste en ofrecerles retribuciones en especie (ordenadores personales, electrodomésticos, bicicletas, etcétera) que al no ser «dinero» quedan fuera de la obligación de retención. Ahora bien, alguien podría pensar que los supuestos de retribución en especie son realmente análogos a los de retribución en dinero, de manera que lo que vale para los segundos debe valer también para los primeros. Siendo «γ» la clase de los rendimientos de capital mobiliario, «δ» la clase de los supuestos sometidos a retención por el pago del impuesto, «α» la clase de los supuestos de retribución en especie y «β» la clase de los actos semejantes a «γ» (aquellos en que el depositante de una suma de dinero obtiene una ventaja económica por ello), el esquema argumentativo sería como sigue:

$$\frac{\begin{array}{c}\alpha \subset \beta \\ \gamma \subset \delta\end{array}}{\alpha \subset \delta}$$

Como es fácil de ver, esta manera de argumentar no es deductivamente válida. Para que lo fuera, se necesitaría una nueva premisa que estableciera que la clase «β» está incluida dentro o es igual a la clase «γ». Desde luego, la fuerza del argumento deriva de la idea de que tanto «α» como «γ» caen dentro de un mismo círculo de semejanza (representado por «β»), y no se puede (o no se debe) tratar de forma distinta supuestos semejantes. Lamentablemente para la Hacienda Pública, el artículo 24 de la Ley General Tributaria (un precepto semejante puede encontrarse también en el Código penal respecto a los tipos delictivos) prohíbe que se utilice la analogía «para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible». De manera que en el supuesto anterior habría que argumentar *a contrario* y concluir que mientras dicho supuesto no esté específicamente contemplado por las normas tributarias, los bancos no tienen la obligación de practicar la retención en los casos de retribución en especie. En símbolos («$\not\subset$» significa «no incluido en»):

Argumento «a contrario».

$$\frac{\begin{array}{c}\alpha \subset \beta \\ \gamma \subset \delta\end{array}}{\alpha \not\subset \delta}$$

La premisa que está implícita en este caso es «$\beta \not\subset \gamma$». ¿Pero es ésta, realmente, la única solución posible? El mismo artículo 24, en su apartado 2, establece que «para evitar el fraude de Ley se entenderá, a los efectos del número anterior, que no existe extensión del hecho imponible cuando se graven hechos realizados con el propósito probado de eludir el impuesto, siempre que produzca un resultado equivalente al derivado del hecho imponible», lo que podría afectar a nuestro caso. Sin embargo, el último párrafo de este segundo apartado ponía, y pone, las cosas difíciles (especialmente cuando se considera que el procedimiento que preveía la Ley de 1964 no fue regulado hasta 1979) al funcionario que quisiera ensayar esta vía: «Para declarar que existe fraude de Ley será necesario un expediente especial en el que se aporte por la Administración la prueba correspondiente y se dé audiencia al interesado».

Proposiciones y normas.

Hasta aquí hemos interpretado que los símbolos lógicos y las inferencias lógicas traducen las expresiones y las inferencias de cualquier lenguaje natural. Ello no parece plantear problemas siempre que se trate de un uso informativo o descriptivo del lenguaje. Pero ¿qué ocurre cuando el lenguaje se utiliza directiva o prescriptivamente? ¿Valen las leyes de la lógica lo mismo para las proposiciones (es decir, los enunciados susceptibles de ser calificados como verdaderos o falsos) que para las normas?

Es posible pensar que las normas, los enunciados normativos, no son tan diferentes de los enunciados informativos, de las proposiciones. Así, si partimos de un enunciado cualquiera de la lógica proposicional como «p» que traduzca, por ejemplo, la oración «el Banco retiene el pago del impuesto», dicho enunciado lo podemos convertir en una norma mediante el simple expediente de añadirle alguna partícula como «debe», «puede», «es facultativo», «está prohibido», etcétera, que se denominan modalidades, operadores o caracteres deónticos; «el Banco debe retener el pago del impuesto», «el Banco puede no retener el pago del impuesto», etcétera, serían supuestos de normas; éstas, por lo tanto, vienen a ser enunciados proposicionales afectados en todo o en parte por algún operador deóntico (Vernengo). Sin embargo, estas pequeñas partículas complican las cosas mucho más de lo que pueda parecer a simple vista.

Modalidades deónticas.

Es razonable, y relativamente usual, pensar que todos los operadores deónticos pueden reducirse a estos cuatro: obligatorio («O»), prohibido («Ph»), permitido («P») y facultativo («F»), que, a su vez, pueden definirse de la siguiente manera (Alchourrón y Bulygin), utilizando como término primitivo la permisión («P») y sirviéndose de dos functores de la lógica proposicional («∧» y «—») y de una letra proposicional («p») que representa una variable de acción:

$$Op = df\ Pp \wedge \text{—}P\text{—}p$$
$$Php = df\ \text{—}Pp \wedge P\text{—}p$$
$$Fp = df\ Pp \wedge P\text{—}p$$

Es decir: obligatorio efectuar la acción p significa que está permitido p y no está permitido no p; prohibido p, que no está permitido p y está permitido no p; y facultativo p, que está permitido p y está permitido no p. Si p lo sustituimos por «fumar

en las aulas de la Universidad» —que por cierto, es una acción prohibida— nos encontraremos con interpretaciones intuitivamente adecuadas de lo que sea obligatorio, prohibido o facultativo. Lo anterior significa también que es posible expresar cualquier modalidad deóntica sirviéndose únicamente del functor «P». Naturalmente, un sistema jurídico redactado según esta técnica (es decir, prescindiendo de «obligatorio», «prohibido» y «facultativo») no sería por ello menos represivo: la diferencia entre una norma que establezca «está prohibido fumar en las aulas universitarias» y otra que rece «no está permitido fumar en las aulas universitarias y está permitido no fumar en las mismas» no es conceptual, sino lingüística; no concierne a su sentido, sino a su formulación (ambas dicen lo mismo, pero la primera lo dice de una manera más económica). Pero también podría utilizarse cualquiera de los otros tres functores («O», «Ph», «F»), que guardan entre sí las siguientes relaciones de equivalencia y, por tanto, de interdefinibilidad (Echave, Urquijo y Guibourg):

$$\begin{array}{rcrcl} Pp & \leftrightarrow & —O—p & \leftrightarrow & —Php \\ —Pp & \leftrightarrow & O—p & \leftrightarrow & Php \\ P—p & \leftrightarrow & —Op & \leftrightarrow & —Ph—p \\ —P—p & \leftrightarrow & Op & \leftrightarrow & Ph—p \end{array}$$

No entramos en la cuestión de las equivalencias de «F», que es menos simple de presentar, ya que dicho functor es, por así decirlo, un functor complejo que expresa la conjunción del permiso positivo («Pp») y el permiso negativo («P—p»). Por ejemplo, para escribir «Fp» utilizando sólo el functor «Ph» podemos buscar en la anterior tabla los equivalentes de los dos tipos de permiso en la columna correspondiente a Ph y sustituir de la siguiente manera:

$$Fp \leftrightarrow (—Php) \wedge (—Ph—p)$$

Operadores fuertes.

Los operadores «O», «Ph» y «F» pueden considerarse operadores *fuertes*, ya que sirven para caracterizar tanto una acción («p») como su correspondiente negación («—p»). Por ejemplo, si es obligatorio pagar el impuesto, entonces está prohibido no

pagarlo; si está prohibido fumar, entonces la acción de no fumar es obligatoria; si es facultativo asistir a clase, entonces también lo es no asistir (las acciones facultativas vendrían a ser lo que en un capítulo anterior denominamos acciones «libres»). Por otro lado, estos tres operadores son mutuamente disyuntos (si una acción es obligatoria, entonces no es ni prohibida ni facultativa; si es prohibida no es ni obligatoria ni facultativa; y si es facultativa no es ni prohibida ni obligatoria) y conjuntamente exhaustivos en el sentido de que permiten modalizar deónticamente cualquier acción posible (toda acción regulada normativamente debe ser obligatoria, prohibida o facultativa).

Operadores débiles.

Por el contrario, el operador «P», la permisión, es un operador *débil*: del hecho de que la acción «p» esté permitida no se deriva ningún estatus deóntico para «—p». Es decir, cabe que «p» esté permitida y «—p» también esté permitida («p» sería entonces una acción facultativa) o bien que «p» esté permitida, pero no lo esté «—p» («p» sería entonces una acción obligatoria). Por ejemplo, si está permitido asistir a clase, dicha acción puede ser tanto obligatoria como facultativa; lo único que queda excluido es que sea una acción prohibida.

Si las normas son enunciados afectados en todo o en parte por algún operador deóntico, entonces podemos considerar como enunciados normativos expresiones como las siguientes: «Op» (obligatorio p), «O(p→q)» (obligatorio si ocurre la acción p, efectuar la acción q), «p→Pp» (si ocurre p, entonces está permitido p), «Op→Pq» (si es obligatorio efectuar la acción p, entonces está permitido efectuar q), etcétera, en donde, como hemos dicho, las variables proposicionales simbolizan variables de acción. Sin embargo, si nos paramos un momento a reflexionar, podemos tener serias dudas sobre cómo interpretar exactamente una expresión como «O(p→q)». En la lógica proposicional sabemos que un enunciado como «p→q» significa que es falso sólo en el caso de que p sea verdadero y q falso. Pero ¿puede decirse también que la obligación que se acaba de simbolizar es falsa si tiene lugar p y sin embargo no se efectúa q? ¿No sería más adecuado decir simplemente que en el caso anterior la obligación ha resultado *incumplida*? Ahora bien, si esto es así, ¿quiere ello decir que a los enunciados normativos no se les aplica los valores verdad-falsedad, sino, por ejemplo, los valores ejecución-no ejecución, validez-invalidez, etcétera? Algunos lógicos han optado por esta interpretación, que no deja de plantear problemas, pero caben también, al menos, otras dos

¿Cómo interpretar los enunciados normativos?

soluciones. Una de ellas es considerar que las normas son susceptibles de ser consideradas como verdaderas o falsas. Así, Kalinowski, uno de los fundadores a comienzos de los años 1950 de la lógica deóntica, partiendo de que a las acciones se les puede atribuir los valores bondad (1*), indiferencia (½*) y maldad (0*), construye las siguientes matrices que permiten definir los operadores deónticos en términos de verdad (1) y falsedad (0). Obsérvese, de paso, que para expresar un enunciado normativo Kalinowski utiliza la lógica de relaciones («x» es una variable nominal individual que representa el nombre de un agente concreto y «α» una variable nominal individual que representa el nombre de una acción concreta*):

α	Oxα	Phxα	Pxα	Fxα
1*	1	0	1	0
½*	0	0	1	1
0*	0	1	0	0

Otros autores (Gardies), como se indicó en el capítulo primero, han llegado a una solución parecida partiendo de la semántica de los mundos posibles. Pero la solución más frecuente, que es la adoptada por von Wright (aunque no en todas sus obras), consiste en interpretar una fórmula del tipo «O(p→q)» como si se tratara no de una *norma*, sino de una *proposición normativa*. La fórmula en cuestión se leería así: «existe una norma que establece la obligación de efectuar q si tiene lugar p»; si existe tal norma, la proposición es verdadera, y, en otro caso, falsa. Y el problema, obviamente, es que entonces no estamos construyendo ya una lógica de las normas, sino de las proposiciones normativas.

Lógica proposicional y lógica deóntica: reglas de inferencia.

Otra dificultad importante aparece cuando se trata de trasladar a la lógica de las normas las reglas de transformación que rigen en la lógica proposicional. Esto, en principio, parece posible, siempre que se sustituyan las variables de la lógica proposicional por fórmulas bien formadas del lenguaje normativo.

* Está modificada la notación original de Kalinowski y suprimidos un par de functores, para no introducir una complicación innecesaria.

Veamos algunos ejemplos:

1 *a*) $p \rightarrow q$, p / q

1 *b*) $Op \rightarrow Oq$, Op / Oq

2 *a*) $p \rightarrow q$, $q \rightarrow r$ / $p \rightarrow r$

2 *b*) $Op \rightarrow Pp$, $Pp \rightarrow Pq$ / $Op \rightarrow Pq$

3 *a*) $p \rightarrow q$, $-q$ / $-p$

3 *b*) $Op \rightarrow Phq$, $-Phq$ / $-Op$

Pero no siempre parece ser así, como en el siguiente caso:

4 *a*) p / $p \vee q$

4 *b*) Op / $O(p \vee q)$

Paradojas de la lógica deóntica.

La fórmula «$Op \rightarrow O(p \vee q)$» (si una conducta es obligatoria, entonces esa conducta o cualquier otra es obligatoria), que sería la correspondiente a la regla de introducción del disyuntor, es conocida con el nombre de «paradoja de Ross» por haberla planteado el filósofo del Derecho danés Alf Ross.* Esta fórmula

* En realidad, 4 *b*) sería como sigue:

$$\frac{Op}{Op \vee Oq}$$

pero de «$Op \vee Oq$» puede pasarse a «$O(p \vee q)$», según una ley que se enuncia así: «si es obligatoria la realización de un acto o es obligatoria la realización de otro, entonces es obligatorio realizar el uno o el otro» (Echave, Urquijo y Guibourg, p. 142).

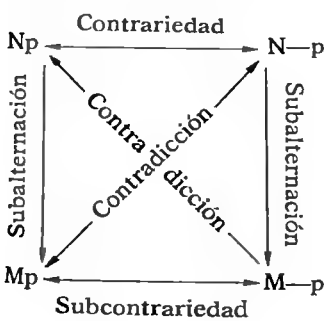
autoriza a pasar, por ejemplo, de afirmar «es obligatorio enviar por correo una carta» a «es obligatorio enviarla por correo o quemarla», lo cual resulta francamente antiintuitivo (amén de poco seguro para el buen funcionamiento del servicio). Los intentos por eliminar esta y otras paradojas que surgieron en muchos de los sistemas de lógica deóntica construidos a partir de la década de 1950 han constituido un elemento importante en la corta, pero ya densa historia de esta disciplina.

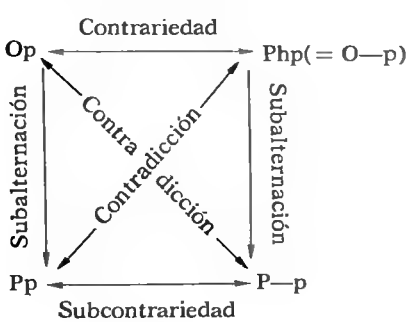
Lógica modal y lógica deóntica.

En efecto, aunque algunos autores se remontan hasta Aristóteles, suele considerarse que el fundador de la lógica deóntica ha sido G. H. von Wright, quien introdujo incluso el nombre de «lógica deóntica» en un famosísimo trabajo de 1951. El punto de partida de von Wright fue la analogía advertida entre los conceptos modales (como «posible», «imposible», y «necesario») y los conceptos deónticos (como «permitido», «prohibido» y «obligatorio»). Curiosamente, la analogía había sido ya planteada por Leibniz en el siglo XVIII y aparece también en otras dos obras de O. Becker (1952) y G. Kalinowski (1953) que son prácticamente simultáneas pero independientes entre sí a la de von Wright. Dicha analogía puede representarse así:

M (posible)	P (permitido)
—M (imposible)	—P (prohibido)
—M— (necesario)	—P— (obligatorio)

Y, con más precisión (Echave, Urquijo, Guibourg), mediante los dos siguientes cuadrados lógicos (la letra «N» representa la necesidad lógica y «O» y «Ph» sus significados habituales):





Pero von Wright no solamente ha sido el fundador, sino también el autor que más ha influido en el desarrollo de la lógica deóntica o lógica de las normas hasta el momento presente. A su sistema de 1951 le siguieron muchos otros que el lógico finlandés ha construido variando con frecuencia sus puntos de vista sobre muchas cuestiones técnicas en las que no cabe entrar aquí. A modo de simple ilustración —y como desarrollo del análisis de la norma que se recogía en el capítulo primero— se expondrá ahora, esquemáticamente, el sistema de lógica deóntica que von Wright desarrolló en su libro *Norma y acción. Una investigación lógica*. Aunque ésta no sea la concepción definitiva, ni siquiera la última, de dicho autor, descansa en una idea que ha seguido considerando como válida: la idea de que la teoría lógica de la acción debe ser la base de la lógica deóntica.

Un sistema de lógica deóntica.

El punto de partida es la interpretación de expresiones como «p» o «q» en cuanto variables que expresan estados de cosas como «la ventana abierta» o «el cigarrillo encendido»; «—p» y «—q» serán variables que indican estados de cosas opuestos como «la ventana cerrada» o «el cigarrillo apagado»; además, se introduce el símbolo «T», que indica la sucesión temporal entre los estados de cosas simbolizados por las letras colocadas a su izquierda y a su derecha. Por ejemplo, «pT—p» sirve para indicar que primero se da p y luego se da —p: que al estado de cosas en que la ventana estaba abierta ha sucedido otro en que la ventana está cerrada. En total, se consideran cuatro posibles *cambios elementales*, a saber:

Estados de cosas.

Cambios elementales.

Aparición: —pTp (de no p se pasa a p)

Desaparición: pT—p (de p se pasa a no p)

Conservación: pTp (de p se pasa a p)

Falta de aparición: —pT—p (de no p se pasa a no p)

Acciones.

Además, von Wright considera que dichos cambios pueden originarse mediante *acciones* que pueden ser de dos tipos: acciones positivas o comisiones (que se simbolizan con la letra «d»); y acciones omisivas, esto es, cuando el agente se abstuvo de actuar, teniendo capacidad para hacerlo (que se simbolizan con «f»). En total obtenemos ocho tipos de acciones elementales posibles:

d(—pTp)	f(—pTp)
d(pT—p)	f(pT—p)
d(pTp)	f(pTp)
d(—pT—p)	f(—pT—p)

Así «d(pT—p)» describe la acción positiva consistente en hacer que se pase de p a no p: por ejemplo, el acto de cerrar la ventana que estaba abierta y habría seguido abierta sin la intervención de un agente; «f(pT—p)» el acto consistente en omitir cerrar la ventana, con lo que la ventana quedará abierta (salvo la intervención de otro agente), etcétera.

Normas.

Estos tipos de acción, a su vez, pueden estar modalizados por operadores deónticos. En su sistema, von Wright parte solamente de dos operadores: «P» (permitido) y «O» (obligatorio); la prohibición se expresa en su sistema en términos de obligación de la manera como hemos visto anteriormente. En resumen, existirían 16 clases de *normas elementales*:

Od(—pTp)	Of(—pTp)	Pd(—pTp)	Pf(—pTp)
Od(pT—p)	Of(pT—p)	Pd(pT—p)	Pf(pT—p)
Od(pTp)	Of(pTp)	Pd(pTp)	Pf(pTp)
Od(—pT—p)	Of(—pT—p)	Pd(—pT—p)	Pf(—pT—p)

Siguiendo con el ejemplo anterior, «Od(pT—p)» significaría: es obligatorio efectuar el acto de cerrar la ventana que estaba abierta y habría seguido abierta de no haber mediado la intervención de un agente. Normas no elementales serían, por ejemplo, las siguientes: «Od(pTp) ∧ Of(oT—p)», «P(d(pTp) ∨ d (—pTp))», etcétera.

Núcleo normativo y condición de aplicación.

Ahora bien, los símbolos lógicos introducidos hasta aquí sirven para expresar dos elemèntos del *núcleo normativo*: el contenido y el carácter. Falta, por tanto, por simbolizar el tercero de ellos: la condición de aplicación. Como se recordará, normas categóricas —en la terminología de von Wright— son aquellas en las que la condición de aplicación está ya dada en el enunciado de su contenido (por ejemplo, en «obligatorio cerrar la ventana», la condición de aplicación *sobrentendida* es que la ventana esté abierta). Las normas hipotéticas (por ejemplo, «obligatorio cerrar la ventana, si llueve») exigen, por el contrario, que se especifique dicha condición. Von Wright introduce para ello el símbolo «/» que se coloca a la derecha del conte-

nido de la norma. Así, «Od(pT—p)/qTq» es una norma hipotética que establece la obligación, en una ocasión en que el estado descrito por q se da y permanece, de hacer que desaparezca el estado descrito por p (por ejemplo, «obligatorio cerrar la ventana mientras esté lloviendo»).

Lógica de los sistemas normativos.

Sobre la base, en buena medida, de los análisis de von Wright, los lógicos argentinos C. Alchourrón y E. Bulygin han construido una lógica de los sistemas normativos (es decir, no considerando normas aisladas, sino conjuntos de normas), que tiene el gran interés de permitir efectuar una reconstrucción lógica de problemas jurídicos reales (más allá, pues, de la problemática, ciertamente poco acuciante, sobre todo en un clima como el de Alicante, de si es o no obligatorio cerrar la ventana cuando llueve) y aclarar conceptualmente nociones básicas de la teoría del Derecho. A fin de presentar una síntesis lo más breve y simplificada posible de esta importante contribución, tomaremos como hilo conductor de la exposición el mismo problema normativo de que parten estos autores: la reivindicación de cosas inmuebles contra terceros poseedores en el Derecho argentino.

El primer paso consiste en determinar el *Universo del discurso* (UD), es decir, el conjunto de situaciones o estados de cosas dentro de los cuales puede realizarse cierta acción. Las acciones o conductas que interesan para un UD constituyen el *Universo de acciones* (UA) que en este caso está integrado únicamente por la acción de restitución (simbolizada por «R»).

Propiedades relevantes y casos.

Por otro lado, en el UD pueden darse (como ausentes o como presentes) un conjunto de circunstancias o propiedades que se denomina *Universo de propiedades* (UP). Señalar cuáles son, en un UD, las propiedades relevantes es un problema en cierta medida axiológico y que, en todo caso, compete al dogmático del Derecho. En el modelo que se trata de construir se consideran como propiedades relevantes las tres siguientes: la buena fe del adquirente (BFA), la buena fe del enajenante (BFE) y el título oneroso del acto de enajenación (TO).

Pues bien, a partir de dichas propiedades puede definirse una serie de casos que integrarán el *Universo de Casos* (UC). Aquí se considerarán únicamente los *casos elementales* es decir, los casos que consisten en una conjunción que contenga todas las propiedades del UP o sus negaciones (los casos no elementales se denominan casos complejos).

El conjunto de todos los casos posibles (UC) determina el ámbito fáctico del modelo. Como en el problema de que estamos tratando, el UP está integrado por tres propiedades (BFE, BFA, TO), el Universo de Casos será $2^n=2^3=8$: la base es 2, pues cada propiedad puede estar presente (simbolizado con «+») o ausente («—»), y «n» indica el número de propiedades relevantes (3). Así pues, tal y como queda reflejado en la siguiente tabla, la noción de UC es relativa a la de UP:

		UP		
		BFE	BFA	TO
UC	1	+	+	+
	2	—	+	+
	3	+	—	+
	4	—	—	+
	5	+	+	—
	6	—	+	—
	7	+	—	—
	8	—	—	—

Soluciones: contenidos normativos y caracteres normativos.

Una vez delimitado el ámbito fáctico del problema, interesa plantearse la delimitación del ámbito normativo, esto es, cuáles son las respuestas posibles o el conjunto de *soluciones* posibles para los diversos casos. Las soluciones están integradas por dos elementos: los *contenidos normativos* y los *caracteres normativos.* Contenido normativo o deóntico es toda accion de un UA y todo compuesto veritativo-funcional de tales acciones. En el ejemplo de que aquí hemos partido sólo caben dos contenidos: «R» (acción de restitución) y «—R» (acción de no restitución). Los caracteres normativos o deónticos son: «P» (permitido), «O» (obligatorio), «Ph» (prohibido) y «F» (facultativo), que anteriormente definimos. De esta forma, podrán considerarse soluciones expresiones como «PR», «Ph—R», etcétera. Cuando la solución determina todos los contenidos de un UA (en nuestro ejemplo, cuando determina R y —R) se llamará *solución maximal* y el conjunto de todas las soluciones maximales (que son relativas a un universo de acciones) es el *Universo de Soluciones Maximales* (USmax). En el modelo que se pretende construir, las posibles soluciones maximales serían: «OR» (obligatoria la restitución), «PhR» (prohibida la restitución) y «FR»

Soluciones maximales.

(facultativa la restitución), que determinan todos los contenidos del UA (tanto R como —R). Si se excluye «PR» (permitida la restitución) del Universo de las soluciones maximales se debe a que del hecho de que R sea una acción permitida no se deriva ningún estatus deóntico para —R.

Norma: correlación entre casos y soluciones.

Estamos así en condiciones de formular un concepto sumamente operativo y sencillo de norma, que ya habíamos anticipado en el capítulo primero: normas son los enunciados, es decir, las expresiones lingüísticas que correlacionan casos con soluciones. Por ejemplo, «OR/—BFA» es una norma que enuncia la obligatoriedad de realizar la acción R en el caso —BFA.

Sistema normativo.

Ahora vamos a construir un sistema de normas (recuérdese, no obstante, que un sistema normativo, un ordenamiento jurídico, puede incluir —junto con normas— enunciados no normativos), S_1, que estará integrado por las normas N_1, N_2, N_3 y N_4, en donde se establecen las soluciones que el ordenamiento jurídico —en este caso, el argentino— prevé para los distintos casos que estamos considerando. El sistema S_1 puede expresarse, gráficamente, de la siguiente manera:

Sistema S_1

	Casos	Normas N_1 OR/—BFE	N_2 OR/—BFA	N_3 OR/—TO	N_4 FR/BFA	N_4 FR/BFE∧TO
	1. BFE BFA TO					
	2. —BFE BFA TO	OR				
	3. BFE —BFA TO		OR			
UC	4. —BFE —BFA TO	OR	OR			
	5 BFE BFA —TO			OR		
	6. —BFE BFA —TO	OR		OR		
	7. BFE —BFA —TO		OR	OR		
	8. —BFE —BFA —TO	OR	OR	OR		

Soluciones (USmax = { OR, PhR, FR })

Propiedades de los sistemas.

Y ahora veremos cómo, a partir de este esquema, pueden introducirse las nociones de *plenitud*, *coherencia* e *independencia*, que son los tres requisitos o propiedades que suelen exigirse para poder hablar de sistema, desde un punto de vista lógico. Negativamente, obtendremos también definiciones adecuadas de lo que sea *laguna*, *incoherencia* y *redundancia*.

Laguna.

Se dice que hay una laguna normativa cuando en la línea correspondiente a un determinado caso no aparece ninguna solución. Un sistema normativo que contenga al menos una laguna es un sistema incompleto. Si un sistema no contiene lagunas,

se dirá que es completo o pleno. Por ejemplo, el sistema S_1 es completo, ya que en él todos los casos tienen correlacionada alguna solución. Si desapareciera la norma N_4, dicho sistema contendría una laguna en el caso 1.

Incoherencia.

Un sistema es incoherente en un caso cuando en la línea correspondiente a ese caso figuran dos o más soluciones diferentes e incompatibles. Si no existe ningún caso en que el sistema sea incoherente, el sistema es coherente. Como es fácil advertir, el sistema S_1 también es coherente. No lo sería, por ejemplo, si la norma N_4 determinara también la solución «FR» para el caso 2 (ya que «OR» y «FR» son soluciones incompatibles).

Redundancia.

Un sistema normativo es redundante cuando en la línea correspondiente a algún caso figura más de una vez la misma solución. Si no existe ningún caso en el cual el sistema sea redundante, diremos que las normas del sistema son independientes. Adviértase que el sistema S_1 es redundante en los casos 4, 6, 7 y 8. Pero la redundancia no es un grave defecto lógico: un sistema redundante resulta poco económico, pero no plantea mayores inconvenientes.

Sistema normativo y sistema jurídico.

Finalmente, puede darse un concepto de sistema jurídico a partir de la noción de sistema normativo. Los sistemas jurídicos son, precisamente, subclases de la clase de los sistemas normativos, y pueden definirse como aquellos sistemas normativos que contienen algún enunciado prescriptivo de sanciones (es decir, algún enunciado coactivo).

Lógica deóntica y teoría general del Derecho.

Si se reflexiona un momento sobre lo que acabamos de exponer, es fácil llegar a la siguiente conclusión: la lógica deóntica (que no es sólo lógica de las normas, sino también de los sistemas normativos) está en condiciones de contribuir a aclarar todos o casi todos los conceptos de que se ocupa la teoría general del Derecho (norma, obligación, antinomia, sistema normativo, etcétera). Esta última disciplina no puede ya, o no debería, construirse sin contar con la primera. Además, como veremos en el siguiente apartado, el análisis lógico de las normas prepara la tarea para el tratamiento informático del material jurídico.

La lógica de los juristas.

Pero el lector recordará también que al comienzo de este apartado dijimos que la *lógica jurídica* está compuesta por la lógica deóntica y la lógica de los juristas, entendida esta última como el análisis de las argumentaciones o razonamientos utilizados por los juristas en sentido amplio (legisladores, jue-

ces, abogados, dogmáticos, etcétera). Ahora bien, este tipo de argumentaciones puede explicarse, en parte, con el simple auxilio de la lógica formal deductiva (incluida aquí la lógica deóntica), pero hay ciertos aspectos de los procesos argumentativos de los juristas para los que la lógica formal resulta inadecuada o, mejor dicho, insuficiente. Antes tuvimos ocasión de ver cómo el razonamiento por analogía, sin ser un razonamiento deductivamente válido, juega un papel muy importante en el discurso jurídico. Veamos ahora otro ejemplo que muestra los límites —aunque también la utilidad— de la lógica formal en el razonamiento jurídico.

Un caso difícil.

Uno de los casos más importantes de los que se ha ocupado el Tribunal Constitucional español en su todavía corta existencia ha sido el llamado «caso Rumasa», en el que se discutía la cuestión de si el decreto-ley del gobierno expropiando los bienes de dicha sociedad se había dictado o no en conformidad con la Constitución. El problema radicaba en que el artículo 86 del texto constitucional establece ciertos requisitos para que el gobierno pueda dictar decretos-leyes, uno de los cuales es que éstos «no podrán afectar... a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I»; y la propiedad privada —que manifiestamente resultaba afectada por la expropiación— es uno de los derechos incluidos en dicho título. La solución, pues, parecía radicar, simplemente, en la utilización de la regla *modus ponens* (eliminación del implicador). Escribamos dicho razonamiento en el lenguaje natural y en el de la lógica de predicados (siendo «x» una variable que toma sus valores en la clase de los decretos-leyes, «a» el decreto-ley de expropiación de Rumasa, «F» la propiedad de afectar a derechos, deberes y libertades del título I y «G» la propiedad de haber sido dictados en conformidad con el artículo 86 de la Constitución):

1. Los decretos-leyes que afecten a derechos, deberes y libertades del título I no han sido dictados en conformidad con la Constitución	$\wedge x\ Fx \rightarrow \neg Gx$
2. El decreto-ley de expropiación de Rumasa afecta a un derecho del título I (a la propiedad privada reconocida en el art. 33)	Fa

3. Por lo tanto, dicho decreto-ley no ha sido dictado en conformidad con la Constitución	— Ga	**EI 1,2**

Pero el Tribunal Constitucional, sin embargo, no siguió esta línea de argumentación (o, más exactamente, no lo hizo una mayoría de sus miembros), que le hubiera llevado a declarar inconstitucional dicho decreto-ley. Por el contrario, lo declaró constitucional (con la opinión contraria, insistamos en ello, de una parte de sus componentes) siguiendo un razonamiento que, esquemáticamente, se puede exponer así (se añade una nueva letra predicativa, «H», que denota la propiedad de afectar a derechos, deberes y libertades de la sección primera del título I):

1. Supóngase que el art. 86 deba interpretarse en el sentido de que los decretos leyes que afecten a derechos, deberes y libertades del título I no han sido dictados en conformidad con la Constitución	$\wedge x\ Fx \rightarrow -Gx$	
2. Ahora bien, cualquier decreto-ley imaginable afecta a algún derecho, deber o libertad del título I	$\wedge x\ Fx$	
3. Por lo tanto, cualquier decreto-ley imaginable habrá sido dictado en disconformidad con la Constitución	$\wedge x - Gx$	**EI 1,2**
4. Sin embargo, el art. 86 tiene que permitir dictar algún decreto-ley, pues en otro caso dicha norma carecería de sentido	$\vee x\ Gx$	
5. Lo afirmado conjuntamente en las dos líneas anteriores		

es contradictorio (conduce a un *absurdo* lógico)	$\sim(\wedge x - Gx) \wedge (\vee x\ Gx)$	**IC 3,4**
6. Por lo tanto, hay que negar la primera suposición, según la cual cualquier decreto-ley que afectase a derechos, deberes y libertades del título I iría en contra de lo establecido en el art. 86	$-(\wedge x\ Fx \rightarrow - Gx)$	**IN 1,5**
7. Pero ello quiere decir que puede existir algún decreto-ley que afecte a derechos, deberes o libertades del título I y que sea conforme con el art. 86	$\vee x\ Fx \rightarrow Gx$ *	
8. Los decretos que afecten a derechos, deberes y libertades del título primero, pero que no afecten a los de la sección primera de dicho título son conformes con la Constitución	$\wedge x\ Fx \wedge -Hx \rightarrow Gx$	
9. El decreto-ley de expropiación de Rumasa afecta a derechos... del título I, pero no de la sección primera	$Fa \wedge -Ha$	
10. Por tanto, dicho decreto-ley es conforme con la Constitución	Ga	**EI 8,9**

Tal y como ha quedado expresada, la argumentación es lógico-deductivamente válida: se basa en la utilización de una serie de reglas —entre otras, la de reducción al absurdo— de la lógica formal que anteriormente introdujimos y que ahora aplicamos a la lógica de predicados; y el paso de la línea 6 a la 7 (señalado con *) también lo es en virtud de una regla lógica (sería una forma de argumento de mayor a menor). Pero, natural-

mente, la validez del razonamiento depende de que se acepten las premisas en que se basa, que son todas aquellas líneas no justificadas por una regla de transformación. El misterio de que ante un mismo problema jurídico se pueda llegar —utilizando la misma lógica— a soluciones contrapuestas es fácil de desentrañar: en los dos modos de argumentar que hemos esquematizado se partía de premisas distintas. Pero esto quiere decir que ante un caso semejante (es decir, siempre que se trate de casos jurídicos difíciles y no de cuestiones simplemente rutinarias) lo que tiene importancia no es tanto el proceso deductivo en sí como el proceso de elección de las premisas, es decir, de interpretación de las normas y de los hechos en un determinado sentido más bien que en otro. Ésta y otras características del razonamiento jurídico han llevado a no pocos autores a sostener que el tipo de lógica que tiene relevancia en el Derecho (al igual que en la moral o en la política) no es la lógica formal deductiva, sino una lógica distinta, específica, que se designa con nombres como los de *tópica, dialéctica, retórica*, etcétera.

Tópica y Jurisprudencia.

En 1953 se publicó la obra de Viehweg *Tópica y Jurisprudencia*, traducida al castellano en 1964, cuya idea fundamental era la de reivindicar el interés que para la teoría y la práctica jurídica tenía la resurrección del modo de pensar tópico o retórico. Es muy posible que el enorme éxito que la obra conoció se debiera a que, de alguna forma, justificaba la pereza de los juristas para enfrentarse a la utilización de la lógica formal y de la lógica deóntica como instrumentos de análisis jurídico que exigían innovaciones metodológicas importantes. Pero dejemos este tipo de interpretaciones maliciosas a un lado y ocupémonos de la caracterización que Viehweg ofrece de la tópica.

Desarrollo histórico de la tópica.

La tópica constituye una parte de la retórica, esto es, de una disciplina que tuvo una gran importancia en la Antigüedad y en la Edad Media e incluso con posterioridad, hasta la época del racionalismo. Las dos grandes contribuciones de la Antigüedad son las obras de Aristóteles y de Cicerón. La *Topika* de Aristóteles era una de las seis obras de que se componía el *Organon*. Aristóteles partió de la contraposición entre argumentos *apodícticos* (que versan sobre la verdad y de los que se ocupan los filósofos) y argumentos *dialécticos* (que versan sobre lo meramente opinable, sobre lo verosímil, y de los que se ocupan los retóricos y los sofistas); la *Topika* y los *Argumentos sofísticos* pertenecen precisamente a este segundo apartado. La *Topica* de

Cicerón (obra dedicada a un jurista) tuvo una mayor influencia histórica que la obra de Aristóteles y se distingue de esta última en que trata fundamentalmente de aplicar y formular un catálogo de tópicos (es decir, de lugares comunes, de puntos de vista que gozan de aceptación generalizada y son aplicables bien universalmente, bien en una determinada rama del saber) y no (como la de Aristóteles) de elaborar una teoría. En cuanto parte de la retórica, la tópica tuvo una considerable importancia en la formación antigua y medieval; la retórica, en efecto, era una de las siete artes liberales que integraba, junto con la gramática y la dialéctica (la lógica), el *Trivium*. El modo de pensar tópico aparece, pues, como un contrapunto del modo de pensar sistemático-deductivo del que la geometría de Euclides es el ejemplo paradigmático en la Antigüedad. La descalificación de la tópica, y su pérdida de influencia en la cultura occidental, se produce precisamente a partir del racionalismo y de la irrupción del método matemático-cartesiano.

Ars inveniendi y ars iudicandi.

Lo que caracteriza a la tópica es que se trata de un modo de pensamiento en el que el acento recae sobre las premisas más bien que sobre las conclusiones, las deducciones. Es decir, la tópica sería (según señaló Cicerón siguiendo una distinción de los estoicos) un *ars inveniendi*, un procedimiento de búsqueda de premisas (de tópicos) que, en realidad, no termina nunca: el repertorio de tópicos siempre es necesariamente provisional, elástico; los tópicos deben entenderse de un modo funcional, como posibilidades de orientación y como hilos conductores del pensamiento que sólo permiten alcanzar conclusiones cortas. A ello se contrapone el *ars iudicandi*, la lógica demostrativa que recibe las premisas y trabaja con ellas, lo que permite la elaboración de largas cadenas deductivas. Además, segunda característica, la tópica es esencialmente una técnica de pensamiento que se orienta hacia el *problema* (la contraposición entre «pensamiento problemático» y «pensamiento sistemático» es básica en Viehweg), entendiendo por «problema»: «toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta y que requiere necesariamente un entendimiento preliminar, conforme al cual toma el cariz de cuestión que hay que tomar en serio y a la que hay que buscar una única respuesta como solución». La tópica debe servir, pues, para resolver *aporías*, problemas que no es posible apartar.

Problema y sistema.

Influencia en la jurisprudencia.

A partir de esta caracterización de la tópica, Viehweg sostiene que la jurisprudencia en la Roma antigua y durante la Edad

Media fue, esencialmente, una jurisprudencia tópica. En su opinión, el estilo del jurista romano se basaba en el planteamiento de un problema para el que se trataba de encontrar argumentos, y no en la elaboración de un sistema conceptual. El objetivo principal del *ius civile* eran colecciones de reglas, de tópicos (como, por ejemplo: *quod initio vitiosum est, non potest tractu tempore convalescere; nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet*, etcétera), que se legitimaban en cuanto que eran aceptados por hombres notables, dotados de prestigio. El *argumento de autoridad* cumple, pues, en la tópica un papel fundamental. Y otro tanto cabe decir de la jurisprudencia medieval, tanto por lo que se refiere a la de los preglosadores como a la de los glosadores y a la de los comentaristas del *mos italicus*. En la Edad Media el estudio del Derecho iba precedido por el de la retórica (tanto en los canonistas —decretistas— como en los legistas) y de ahí que muchos famosos juristas fueran maestros de retórica antes que de Derecho. Viehweg señala que el estilo de enseñanza en el *mos italicus* se basaba en la discusión de problemas, no en el sistema; «el trabajo de organización sistemática —añade— se lo señala(ba) el profesor a los alumnos». Incluso Leibniz, en una obra de juventud, trató de compaginar el tradicional estilo de pensamiento medieval con el matemático del XVII. Pero su intento de matematizar la lógica, de poner bajo control matemático el *ars inveniendi* —que contaba con el notabilísimo precedente medieval del *Ars Magna* del mallorquín Ramon Llull—, naufragó ante la multivocidad del lenguaje natural.

A partir de la época moderna, la cultura occidental optó por abandonar la tópica y sustituirla por el método axiomático-deductivo. Este paso —según Viehweg— fue equivocado en relación con la jurisprudencia: «Pero, mientras unas disciplinas pueden encontrar unos principios objetivos seguros y efectivamente fecundos para su campo, y por eso pueden ser sistematizadas, hay otras, en cambio, que son insistematizables, porque no puede encontrarse en su campo ningún principio que sea al mismo tiempo seguro y objetivamente fecundo. Cuando se presenta este caso, sólo es posible una discusión de problemas. El problema fundamental previamente dado se hace permanente, lo que en el ámbito del actuar humano no es cosa inusitada. En esta situación se encuentra, evidentemente, la jurisprudencia». El modelo tópico de jurisprudencia (y, en general, de razonamiento jurídico) que propone se basaría en los tres

siguientes presupuestos: 1) «La estructura total de la jurisprudencia solamente se puede determinar desde el problema». 2) «Las partes integrantes de la jurisprudencia, sus conceptos y sus proposiciones, tienen que quedar ligadas de un modo específico con el problema y sólo pueden ser comprendidas desde él». 3) «Los conceptos y las proposiciones de la jurisprudencia sólo pueden ser utilizados en una implicación que conserve su vinculación con el problema. Es preciso evitar cualquier otra».

Críticas a Viehweg.

Ahora bien, creo que a la propuesta de Viehweg se le podrían dirigir diversas objeciones. En primer lugar, la importancia de la tópica en el razonamiento jurídico puede concederse sin necesidad de insistir tanto como hace este autor (y, en el fondo, con escasa claridad) en la contraposición entre pensamiento tópico y pensamiento sistemático (es decir, lógico-deductivo). El acento en la distinción puede llevar a pensar que en el Derecho puede prescindirse del sistema (de la lógica *stricto sensu*), lo cual es un error de graves consecuencias. En segundo lugar, la caracterización de la jurisprudencia y de la argumentación jurídica que acabamos de recoger, no parece significar otra cosa que la afirmación de que la jurisprudencia tiene que buscar soluciones *justas* a partir de conceptos y proposiciones extraídos de la propia *justicia* («la gran aporía fundamental [...] encuentra su formulación en la pregunta por el ordenamiento justo»; «los conceptos que en apariencia son de pura técnica jurídica [...] sólo cobran su verdadero sentido desde la cuestión de la justicia»; «los principios de Derecho [...] sólo proporcionan unos resultados efectivamente aceptables cuando se les liga con la idea de la justicia», etcétera). Pero esto último sólo puede interpretarse de dos maneras: 1) Como una afirmación vacía: lo anterior equivaldría a sostener —como lo hacía el famoso personaje de Molière— que «el opio duerme porque tiene la *vis dormitiva*». 2) Como una afirmación ingenua; decir que la medicina tiene que empeñarse en curar y a partir de remedios curativos es algo más o menos claro, en la medida en que todos tenemos, aproximadamente, la misma idea de lo que sea curar, pero ¿tenemos todos la misma idea de lo que es justicia? En tercer lugar, Viehweg solamente hace indicaciones muy genéricas e indeterminadas acerca de cuáles son las técnicas que la tópica puede ofrecer para el desarrollo de la jurisprudencia. Sin embargo, un análisis más detallado de las mismas puede encontrarse en la obra del filósofo del Derecho

belga recientemente fallecido Ch. Perelman y de sus continuadores.

La nueva retórica.

Perelman, en efecto, ha sido el impulsor de una interesante teoría de la argumentación que él denomina «nueva retórica» y que se plantea como objetivo principal ampliar el ámbito de la razón, para poder incluir en éste la problemática que se discute en el mundo del Derecho, la moral o la política. Toda su obra se basa en una distinción fundamental entre razonamientos o argumentaciones analíticos y dialécticos (o retóricos). Los que a él le interesan son precisamente estos últimos que, en el campo del Derecho, le permiten bosquejar la idea de una lógica jurídica que entiende como el estudio de las técnicas y razonamientos propios de los juristas y que no pueden reducirse a la lógica formal.

Retórica y dialéctica.

La teoría de la argumentación estaría, pues, en la línea de la dialéctica y la retórica griegas, cuyo fin es la *persuasión*, y su objeto lo plausible. Esto se opone a la concepción de la razón y del razonamiento de Descartes, que se mueve en el terreno de la necesidad, de la evidencia. Sin embargo, Perelman prefiere utilizar el término *retórica* (que implica, fundamentalmente, la referencia a un auditorio al que se trata de persuadir), antes que *dialéctica*, que es un término más equívoco, ya que a lo largo de la historia se ha empleado con múltiples significados (para los estoicos y los autores medievales era sinónimo de lógica, para Hegel tiene un sentido completamente distinto, etcétera). Dentro de este contexto, la especificidad de la argumentación jurídica residiría precisamente en la dificultad de llegar en la misma a un acuerdo entre las partes (a diferencia de lo que ocurre en las ciencias, sobre todo en las deductivas, y a semejanza de lo que ocurre en la filosofía y en las ciencias humanas), dificultad que, sin embargo, se logra superar mediante la imposición de una decisión por vía de autoridad (mientras que en la filosofía y en las ciencias humanas cada una de las partes permanece en sus posiciones). Perelman traza también la evolución histórica de las técnicas de razonamiento jurídico seguidas en Roma y en la Edad Media, hasta llegar a los teóricos iusracionalistas de los siglos XVII y XVIII, que trataron de elaborar una jurisprudencia universal fundada en principios racionales y siguiendo un modelo de razonamiento deductivo. A este ideal de jurisprudencia universal se opusieron tres tesis: la de Hobbes (el Derecho no es expresión de la razón, sino de la voluntad soberana), la de Montesquieu (las

Evolución histórica del razonamiento jurídico.

leyes son expresión de la razón, pero relativas a un medio social, a una época histórica, etcétera) y la de Rousseau (el Derecho es un producto de la voluntad general de la nación), que confluyeron en la Revolución francesa y determinaron la nueva concepción del Derecho y del razonamiento jurídico que surge de ésta. En efecto, con la Revolución francesa (y el subsiguiente Código de Napoleón), tiene lugar una serie de cambios fundamentales: el Derecho se entiende como el conjunto de leyes que son la expresión de la soberanía nacional; aparecen sistemas jurídicos bien elaborados; el papel de los jueces se reduce al mínimo; y se establece la obligación de motivar las sentencias que pasan a ser también objeto de conocimiento público.

Tres teorías del razonamiento judicial.

En particular, Perelman (1979) analiza tres teorías relativas al razonamiento judicial que se suceden en el continente europeo a partir del Código de Napoleón. La primera de ellas, la de la escuela de la exégesis, habría dominado en el pensamiento jurídico continental hasta alrededor de 1880. Se caracteriza por su concepción del Derecho como un sistema deductivo y la configuración que hace del razonamiento judicial según la ya explicada teoría del silogismo. Al juez sólo le preocupa que su decisión sea conforme a Derecho, y no entra a considerar las posibles consecuencias o el carácter razonable o no de la misma. A la segunda concepción la denomina teleológica, funcional y sociológica, y sus orígenes estarían en la obra de madurez de Ihering. El Derecho no se entiende ya como «un sistema más o menos cerrado, que los jueces deben aplicar utilizando métodos deductivos a partir de unos textos convenientemente interpretados. Por el contrario, es un medio del que el legislador se sirve para alcanzar unos fines y para promover unos determinados valores». Por tanto, el juez no puede contentarse ya con efectuar una simple deducción silogística, sino que debe remontarse a la «intención» del legislador, pues lo que cuenta sobre todo es el fin social perseguido por éste, y de ahí que el juez se vea obligado a salirse de los esquemas de la lógica formal y a utilizar diversas técnicas «argumentativas» en la indagación de la voluntad del legislador (argumentos *a simili*, a contrario, psicológico, teleológico, etcétera). La tercera concepción —la concepción tópica o retórica del razonamiento jurídico— es la predominante, según Perelman, en el razonamiento judicial de los países occidentales después de 1945. Tras la experiencia del régimen nacionalsocialista, se habría producido una tendencia en los países continentales europeos a aumentar

La concepción retórica.

los poderes de los jueces en la elaboración del Derecho, con lo cual se habría operado también una aproximación entre el sistema jurídico continental y el anglosajón y entre sus correspondientes concepciones del razonamiento jurídico (judicial). La experiencia nazi habría supuesto, según Perelman, la crítica definitiva al positivismo jurídico (hay que indicar, sin embargo, que el concepto de «positivismo jurídico» que maneja Perelman no es del todo claro*) y a su pretensión de eliminar del Derecho toda referencia a la justicia. En definitiva, la nueva concepción del Derecho estaría caracterizada por la importancia atribuida a los principios generales del Derecho y a los lugares específicos del Derecho (los tópicos jurídicos); el razonamiento jurídico no es ya ni «una simple deducción silogística» ni tampoco «la simple búsqueda de una solución equitativa», sino «la búsqueda de una síntesis en la que se tenga en cuenta a la vez el valor de la solución y su conformidad con el Derecho»; o, dicho de otra manera, la conciliación de los valores de equidad y seguridad jurídica, la búsqueda de una solución que sea «no sólo conforme con la ley, sino también equitativa, razonable y aceptable».

Perelman divide el estudio de la teoría de la argumentación en tres partes: la primera corresponde a los presupuestos o cuadros de la argumentación; la segunda a los puntos o tesis de partida; y la tercera al análisis de las técnicas argumentativas.

Los cuadros de la argumentación. Demostración y argumentación.

Dentro de los cuadros de la argumentación, distingue —como ya hemos apuntado— entre demostración y argumentación propiamente dicha y establece como elementos de la argumentación: el orador, el discurso y el auditorio. A su vez, en este último elemento cabe distinguir tres posibilidades: el auditorio universal, la existencia de un solo auditor (diálogo) y la deliberación consigo mismo. Y reelabora la distinción clásica —que descansa también en la noción de auditorio— entre tres géneros argumentativos o retóricos: el género deliberativo (el que tiene lugar ante una asamblea), el género judicial y el género epidíctico (cuando el discurso parte ya de la adhesión previa del audi-

* Las dos notas que caracterizan al positivismo jurídico, según Perelman serían: concebir el Derecho como la expresión arbitraria de la voluntad de un soberano y recalcar, por tanto, el elemento coactivo; no tomar en cuenta ni los principios ni los tópicos jurídicos, lo que lleva a atribuir al juez un papel muy limitado. Obviamente, ambas características no pueden predicarse en absoluto de la obra de autores como Hart.

torio, como suele ocurrir con los sermones religiosos, los mítines políticos o las clases magistrales).

Los puntos de partida.

En cuanto a las tesis o puntos de partida de la argumentación, aquí es donde se incluirían los tópicos o lugares comunes, es decir, los objetos de acuerdo que fijan las premisas sobre las que se construye posteriormente la argumentación propiamente dicha. La tópica de Viehweg podría, pues, integrarse como una parte de la teoría de la argumentación o, mejor dicho, como un aspecto de una parte. A propósito de las tesis de partida, Perelman se ocupa, por un lado, del acuerdo sobre las premisas, distinguiendo entre diversos objetos de acuerdo: reales (hechos, verdades, presunciones) y preferibles (valores, jerarquías, tópicos); por otro lado, de los acuerdos propios de ciertas argumentaciones (en particular de las argumentaciones jurídicas); y, finalmente, de la presentación de las premisas (modalidades de expresión, figuras retóricas).

Las técnicas argumentativas.

Por lo que se refiere a las técnicas argumentativas propiamente dichas, Perelman distingue entre argumentos de enlace o de asociación destinados a unir elementos en principio disociados, y argumentos de disociación, dirigidos a cumplir la función contraria. Los primeros se clasifican, a su vez, en: 1) argumentos cuasi-lógicos, que se basan en su proximidad con argumentos puramente lógicos (contradicción, identidad, transitividad) o matemáticos (argumentos que se basan en la relación parte-todo, o en la relación parte-parte de un todo, donde se incluirían el dilema o los argumentos jurídicos *a pari* y *a contrario* y los argumentos de probabilidades); 2) argumentos basados sobre la estructura de lo real, bien se trate de lazos de sucesión (argumento pragmático, argumentos basados en la relación hecho-consecuencia y medio-fin, argumentación por etapas) o bien de lazos de coexistencia (argumento de autoridad basado en la relación acto-persona, argumentos basados en la relación individuo-grupo y en relaciones simbólicas); 3) argumentos que fundan la estructura de lo real, en donde cabe distinguir: la argumentación por el caso particular (el ejemplo, la ilustración, el modelo) y el razonamiento por analogía (que, en Perelman, se distingue del argumento *a pari* o *a simili*). En cuanto al segundo tipo de argumentos, el prototipo de disociación es la pareja apariencia-realidad. Además, Perelman estudia la interacción de los argumentos de cara a conseguir la máxima adhesión del auditorio, es decir, el máximo de eficacia argumentativa.

La finalidad última de la teoría de la argumentación o nueva retórica sería la de posibilitar que los problemas morales, sociales, políticos, filosóficos, religiosos y, especialmente, jurídicos, aunque queden fuera del concepto de razón propio de las ciencias matemáticas y naturales, no tengan que abandonarse al campo de la pura sugestión y de la violencia. La argumentación, en cuanto proporciona razones que están fuera del campo de lo necesario, pero también de lo puramente arbitrario, da un sentido a la libertad humana, permitiendo el ejercicio de una elección simplemente razonable. Algo que debe destacarse también en la obra de Perelman —y que no ha podido quedar reflejado en esta apretadísima síntesis— es su esfuerzo por construir una teoría de la argumentación jurídica a partir de un abundante material empírico, en el que ocupan un lugar importante las sentencias judiciales, que es «donde el razonamiento jurídico se manifiesta por antonomasia». Según Perelman, el empleo de este método le fue sugerido por la historia de la propia lógica formal, cuya renovación en el siglo pasado fue posible al partir de la idea (por ejemplo, en el caso de Frege) de que en las deducciones matemáticas se encuentran las mejores muestras de razonamiento lógico. Ahora bien, esto lleva a Perelman, por un lado, a revalorizar algunos aspectos del razonamiento jurídico —y, por tanto, de la dogmática jurídica— que pudieran parecer más discutibles desde una perspectiva «cientificista»; pero, por otro lado, a separar quizás en exceso la lógica jurídica de la lógica formal y a sostener una concepción del Derecho ciertamente conservadora.

Las ficciones jurídicas.

Una muestra de lo primero es la justificación que hace del recurso a las ficciones, aunque lo considere como un recurso extremo. En su opinión, una ficción es «una calificación de los hechos que es contraria siempre a la realidad jurídica» pero que sirve para evitar una solución inaceptable en un caso concreto: por ejemplo, cuando en un supuesto de eutanasia, el jurado responde negativamente a la pregunta de si el acusado era culpable de la muerte de la víctima, no obstante ser los hechos patentes y no controvertidos; la ficción hace que prevalezca el valor-justicia frente al valor-verdad, pero permite también conservar las apariencias, el sistema, evitando al tiempo un efecto indeseable.

Lógica jurídica y lógica formal.

En cuanto al segundo aspecto, Perelman (1979) describe de esta manera las diferencias entre la lógica formal y la lógica jurídica: «El papel de la lógica formal es hacer que la conclusión sea

solidaria con las premisas, pero el de la lógica jurídica es mostrar la aceptabilidad de las premisas (...). La lógica jurídica, especialmente la judicial (...), se presenta, en conclusión, no como una lógica formal, sino como una argumentación, que depende de la manera en que los legisladores y los jueces conciben su misión, y de la idea que se hacen del Derecho y de su funcionamiento en la sociedad». Pues bien, la manera como, según Perelman, los operadores jurídicos conciben el Derecho y la sociedad coincide, precisamente, con lo que en su momento se denominó concepción *funcionalista* —conservadora— de la sociedad. Cabría decir que, para Perelman, la sociedad es un sistema capaz de resolver, en su propio desarrollo y funcionamiento, cualquier posible conflicto. Y el Derecho cumple, en este contexto, sobre todo a través de los órganos judiciales, una función equilibradora: el sentido de la decisión judicial es restablecer el equilibrio momentáneamente perdido, imponer de nuevo la «paz judicial». En realidad, el concepto de Derecho —centrado en la función judicial— que tiene Perelman es fácilmente reconducible a un modelo cibernético. El proceso de entrada de datos al juez *(input)* tiene lugar a través de un doble canal: por una parte, la información que le proporciona el sistema jurídico al que el juez pertenece y, por otra, la información que recibe del medio social (que, si se quiere, es a su vez doble: unos hechos que se trata de juzgar, y una serie de necesidades, ideas de justicia, etcétera, vigentes en la sociedad). Una buena decisión judicial *(output)* es, por tanto, una decisión que consigue armonizar ambas series de datos, es decir, una decisión que flexibiliza las normas (merced a las técnicas argumentativas) para adaptarlas al medio social. En este modelo tampoco falta la realimentación *(feedback)*: el juez, al tener que flexibilizar la norma para adecuarla al medio social, es decir, al mostrar la inadecuación de la norma, consigue, en un plazo más o menos largo, el cambio de las normas y también, eventualmente, introduce —o ayuda a la introducción de— cambios en el medio social.

¿Es neutral la retórica?

Lo que parece quedar excluido, por tanto, es una concepción conflictualista, crítica, de la sociedad y del Derecho. Perelman considera que el juez no debe (no puede) ser objetivo (la objetividad es un valor que conviene a las ciencias, pero no a materias como el Derecho) sino, sencillamente, *imparcial*, lo que significa, esencialmente, que no debe tratar de manera desigual casos semejantes; por eso, lo que se pide de sus decisiones es que

sean socialmente *aceptables*. Ahora bien, la imparcialidad y la aceptabilidad son características que pueden preservarse siempre y cuando los casos que haya que decidir no planteen intereses irreconciliables, ni tampoco la necesidad de un cambio radical del sistema jurídico. Cuando esto no es así —y hay razones para pensar que no lo es con cierta frecuencia— la retórica cumple seguramente una función *ideológica* de justificación del Derecho positivo: precisamente presentando como imparciales y aceptables decisiones que, en realidad, no lo son.

5.4. La informática jurídica

Historia de la informática jurídica.

La historia de la informática jurídica, entendiendo por tal —de manera genérica— la utilización de los ordenadores en el Derecho, comienza en los Estados Unidos a partir de 1949, año en que Lee Loevinger publica su famoso, y ya clásico, artículo *Jurimetrics. The Next Step Forward* (Jurimetría. El nuevo paso hacia adelante). El primer ordenador se había construido en 1944 (también en Estados Unidos) para resolver problemas de cálculo planteados por la investigación atómica con fines bélicos, y N. Wiener había escrito su obra fundamental, *Cibernética o el control y comunicación en animales y máquinas*, en 1948. En Europa, los primeros escritos sobre la materia, que llevaban títulos tales como «cibernética jurídica», «computadoras y Derecho», «electrónica y Derecho», «automatización y Derecho», etcétera, se publican a lo largo de la década de 1960. Desde finales de esa década, el uso de los ordenadores para fines jurídicos es ya una realidad en Europa (el primer sistema es el CREDOC belga, «operativo» desde 1968) como lo había sido en los Estados Unidos desde casi diez años antes (1959 es la fecha del proyecto de J. Horthy en la Universidad de Pittsburgh, que es el primero de *information retrieval* jurídica, es decir, de almacenamiento y recuperación automática de información jurídica). En los años setenta y ochenta, la informática jurídica no es ya objeto de especulaciones en torno a si se pueden o se deben utilizar los ordenadores en el Derecho, sino que el único problema que se plantea es el de cómo utilizarlos para obtener los mejores resultados. La informática jurídica es hoy (aunque no en todos los países o, al menos, no en la misma medida) una só-

lida realidad que genera incluso tal cantidad de bibliografía (recientemente se estimaba que la literatura mundial sobre la materia ascendía a más de 12.000 títulos significativos) que se ha hecho preciso acudir a los ordenadores para poder manipularla. Así es que hoy no existe ya únicamente una informática jurídica, sino incluso, por así decirlo, una «informática de la informática jurídica».

Como han puesto de manifiesto diversos autores (Losano, Frosini), el uso de los ordenadores significa para el Derecho —y, en general, para la cultura— una revolución sólo comparable a la que supuso en el pasado la introducción de la escritura y de la imprenta. En el marco de una cultura oral, en efecto, puede surgir —como hemos visto— un Derecho (e incluso una «ciencia» jurídica), pero se tratará de un Derecho puramente consuetudinario y con limitaciones obvias, pues un lenguaje oral es un medio de comunicación flexible, pero que tiene un serio inconveniente: la información no puede ser conservada. Con la introducción de la escritura (recuérdese lo que significaron las XII Tablas en el Derecho romano) aparece la posibilidad de establecer normas fijas que pueden ser sistemáticamente interpretadas, discutidas y transmitidas (aunque con ciertas limitaciones): la jurisprudencia romana de la época clásica hubiese sido, naturalmente, imposible sin la escritura. Con la imprenta, el lenguaje escrito adquiere una capacidad de difusión enorme, lo cual hace posible —entre otras cosas— superar el Derecho consuetudinario y sustituirlo por normas establecidas deliberadamente para regular de manera uniforme un número creciente de sectores. Es obvio, por ejemplo, que el proceso de codificación sería impensable sin la imprenta. En fin, el uso de los ordenadores hace posible el control del impresionante material normativo que hoy integra el Derecho vigente de un país, lo cual está dando lugar a un nuevo tipo de Derecho y de técnica jurídica —como, en general, a un nuevo tipo de cultura— aunque los juristas más tradicionales se resisten todavía a advertirlo. Este nuevo lenguaje informático que surge con los ordenadores (García Camarero) supone, en efecto, una síntesis de los aspectos más ventajosos del lenguaje oral (dinamicidad) y del lenguaje escrito (perdurabilidad) e impreso (transmisibilidad), superando al mismo tiempo los inconvenientes que plantea cada uno de ellos por separado: el lenguaje oral no permite, en general, la adquisición y acumulación del conocimiento; el lenguaje escrito e impreso presenta grandes dificultades para

modificar y sintetizar la información almacenada, para localizar una información específica dentro de un corpus amplio, etcétera.

Vistas las cosas desde una diferente perspectiva, puede decirse que mientras que la revolución industrial supuso que la máquina pasaba a sustituir al hombre en la realización de una serie de trabajos físicos, la revolución informática se caracteriza por la utilización de las nuevas máquinas, de los ordenadores, para efectuar trabajos intelectuales. Con ello, las relaciones sociales resultan (y cada vez más) profundamente alteradas y, en consecuencia, también el Derecho en cuanto sistema de regulación social. En un pasaje famoso, Marx escribía que el Derecho no era otra cosa que «el reconocimiento oficial del hecho» y señalaba que de la misma manera que el molino a brazo nos da la sociedad con el señor feudal (y un Derecho de tipo estamental), el molino de vapor nos da la sociedad con el capitalismo industrial (y el Derecho moderno). Hoy podríamos añadir a ello que el ordenador electrónico nos da la sociedad postindustrial (o la sociedad industrial avanzada) y un nuevo tipo de Derecho (y de ciencia jurídica) que venga a «reconocer» oficialmente este nuevo hecho.

Pero efectuemos ahora, antes de seguir adelante, algunas precisiones terminológicas. En las líneas anteriores ha aparecido tanto la expresión «informática jurídica» como «jurimetría» y «cibernética jurídica»; pero estos términos, aun estando estrechamente emparentados entre sí, no son exactamente sinónimos.

Jurimetría.

«Jurimetría» es la traducción al castellano del término usado por Loevinger. Éste nunca se preocupó (Losano, 1981 y 1982) por delimitar conceptualmente la disciplina o el movimiento que fundó —y que tuvo como órgano de expresión la revista *MULL* (Modern Uses of Law and Logics)—, pero en el mismo parece que pueden distinguirse tres sectores distintos: 1) el de la aplicación de la lógica moderna al Derecho; 2) el de la utilización de los ordenadores en el Derecho, y 3) el de la previsión de sentencias. Ahora bien, hoy no se habla ya de «jurimetría» (que, como se ve, era un conjunto de estudios bastante heterogéneos) si no es para referirse a una fase del desarrollo de la informática jurídica. Debe tenerse en cuenta, además, que lo que ahora suele entenderse por «informática jurídica» viene a coincidir en sustancia con el segundo de los sectores de Loevinger; mientras que la lógica jurídica —el primero de los sectores— es una disciplina distinta, aunque íntimamente conectada con la infor-

mática jurídica; y la previsión de sentencias utilizando el cálculo de probabilidades —el tercer sector— fue un objetivo (ligado a las especificidades del *common law* y al movimiento realista norteamericano al que perteneció Loevinger) que se abandonó cuando los estudios informáticos pasaron a Europa.

Iuscibernética.

«Iuscibernética» o «cibernética jurídica» es una expresión acuñada por M. Losano en 1968 y pensada precisamente para sustituir al término «jurimetría». Tal propuesta derivaba, desde luego, de la «cibernética» de Wiener, quien había introducido este término (de origen griego y que significa, etimológicamente, arte de gobernar un buque) para referirse al problema de la comunicación y del control (en el sentido de la palabra inglesa *control*: gobierno, guía) en cuanto común a las máquinas y al ser vivo. Wiener trataba con ello de coordinar conocimientos provenientes de sectores científicos diversos (matemática, fisiología, electrónica) y la unificación tenía como finalidad práctica la construcción de máquinas capaces de reproducir ciertas actividades del ser vivo. Una de estas máquinas es el ordenador electrónico (Wiener estuvo vinculado también a la aparición de los primeros ordenadores), pero el ordenador no es la *única* máquina cibernética: un termostato (típico ejemplo de retroacción o *feedback*) también lo es, al igual que un piloto automático, etcétera. Por otro lado, después de Wiener, la cibernética se ha desarrollado en diversas direcciones y ha dado lugar a varios sectores o campos de estudio: la teoría de sistemas, la teoría de la información, la teoría del control, la teoría de los juegos estratégicos y la teoría de los algoritmos. No obstante, estos diversos sectores tienen en común el uso de ciertos métodos de investigación ligados a conceptos tales como «modelización», «caja negra» o «*trial and error*» («ensayo y error»). El término «cibernética jurídica» puede considerarse, en principio, como más amplio que el de «informática jurídica». De hecho, Losano distingue, dentro de la iuscibernética, dos sectores: 1) la *informática jurídica en sentido estricto*, esto es, la utilización en el campo del Derecho de las técnicas de almacenamiento y recuperación automática —por medio del ordenador— de la documentación jurídica (legislativa, jurisprudencial o doctrinal); 2) la *modelística jurídica*, esto es, la elaboración de modelos formalizados de todo el Derecho o de un sector específico del mismo, planteando en este último supuesto la posibilidad de transferir al ordenador una serie de actividades anteriormente desarrolladas por el hombre. En consecuen-

cia, dentro de la iuscibernética se incluyen estudios de tipo teórico que utilizan conceptos o métodos tomados de la cibernética y que, o bien no están dirigidos directamente a la utilización del ordenador, o bien excluyen tal uso. Seguramente hubiese sido deseable mantener el nombre de «iuscibernética», pero en los últimos años la expresión comúnmente utilizada es la de «informática jurídica», y no parece conveniente ir en contra del uso común. De todas formas, cuando se trate de los distintos sectores que cabe distinguir hoy en la informática jurídica, se reservará uno de ellos para incluir los estudios de naturaleza teórica y conceptual a que acabo de referirme.

Informática jurídica.

Finalmente, «informática» es una expresión de origen francés (en realidad, una abreviatura de «información automática») que en principio significa tratamiento automático —es decir, por medio de ordenador— de la información. En este sentido estricto, la informática jurídica se identificaría con la utilización del ordenador para resolver problemas de documentación jurídica, es decir, con el primero de los sectores de la iuscibernética. Sin embargo, en el uso común, «informática» —e «informática jurídica»— tiene un sentido más amplio que viene a equivaler a tratamiento electrónico de datos; esta segunda noción resulta aceptable, ya que, como enseguida veremos, lo que hace el ordenador es transformar una información de entrada en una información de salida. A pesar de ello, parece también claro que hay alguna diferencia entre utilizar el ordenador para obtener información (legislativa, jurisprudencial, etcétera) sobre un determinado problema jurídico, o bien utilizarlo de manera que la máquina nos dé la solución jurídica (y no sólo las informaciones para llegar a ella) a un determinado problema. En conclusión, el término que ha acabado por prevalecer es el de «informática jurídica». Y el elemento común con los otros dos es la referencia al ordenador electrónico o, mejor aún, la utilización del ordenador para fines jurídicos.

Los ordenadores.

Los antecesores de los ordenadores electrónicos son las máquinas de cálculo. A mediados del XVII, Pascal construyó la primera calculadora mecánica. Poco después, a fines del mismo siglo, Leibniz no sólo se ocupó del problema del cálculo mecánico, sino que inventó el sistema binario de numeración. El siguiente paso fue *la máquina analítica* de Babbage (1792-1871), que reunía dos importantes características: era capaz de realizar cálculos automáticamente, es decir, sin intervención humana durante el proceso; y utilizaba programas, para lo cual adoptó las

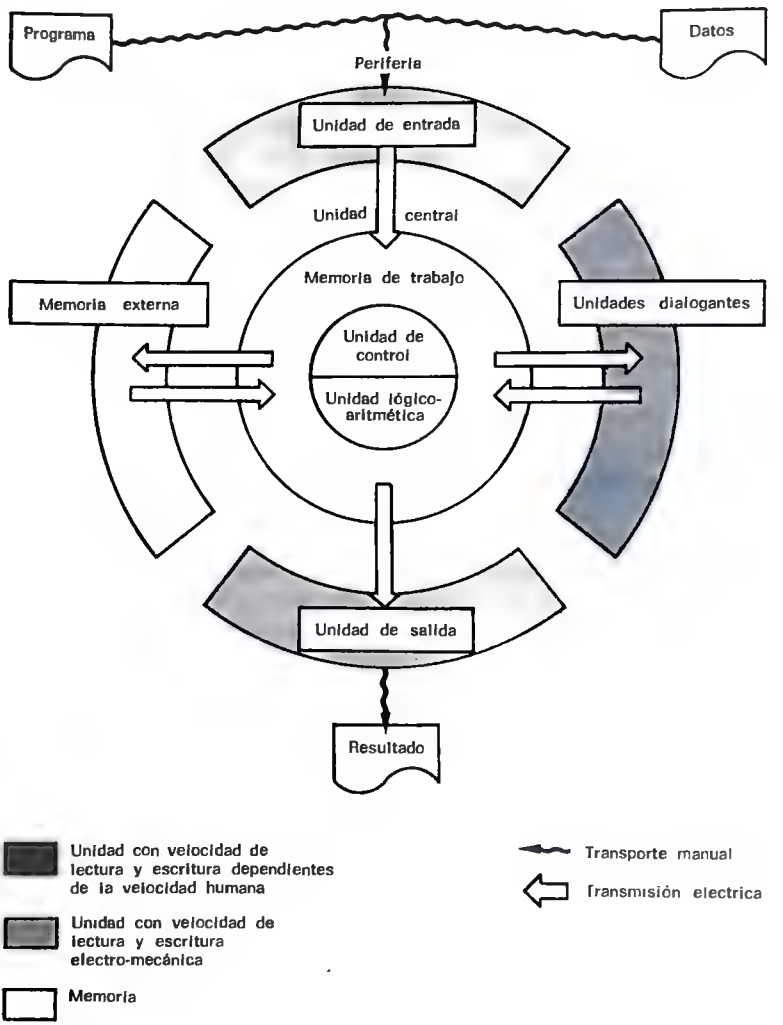
tarjetas perforadas del telar Jacquard. En realidad, Babbage fue capaz de concebir, desde un punto de vista lógico, lo que es un ordenador moderno, pero su intento fracasó porque en su época faltaba la tecnología adecuada para llevarlo a cabo: la electrónica. Prescindiendo de la máquina de Zuse (la Z_3) que no llegó a entrar en funcionamiento, el primer ordenador (el Mark I) surge, como hemos dicho, en 1944, aunque todavía no es una máquina electrónica, sino electro-mecánica. El primer ordenador electrónico (que utilizaba válvulas electrónicas o tubos de vacío) es el ENIAC, de 1946. Posteriormente, las válvulas fueron sustituidas por los transistores y éstos por los circuitos integrados, lo que permite hablar de tres o cuatro *generaciones* de ordenadores (y últimamente se empieza ya a hablar de la quinta).

En resumidas cuentas, el ordenador es una máquina *automática*, en cuanto que realiza, sin intervención humana, determinadas operaciones intelectuales; *electrónica*, pues utiliza circuitos electrónicos, aunque en las unidades de entrada o de salida sigue habiendo elementos electro-mecánicos (por ejemplo, una impresora o un lector de tarjetas); *programable*, ya que a diferencia de muchas otras máquinas automáticas y electrónicas, un ordenador no es sólo capaz de ejecutar automáticamente una sola operación, sino todas aquellas para las que haya sido programado. Es importante advertir que el ordenador no es sólo una calculadora —aunque a veces se utilice esta expresión—, pues es capaz de hacer muchas más cosas que efectuar cálculos matemáticos. Por su versatilidad, el ordenador es auténticamente una máquina *universal*, aunque tiene sus limitaciones: un ordenador puede transformar una información de entrada (problema) en una información de salida (solución) siempre que, naturalmente, haya sido programado adecuadamente y se le suministren los datos necesarios, y siempre que el proceso de que se trate sea *algoritmizable*, es decir, pueda expresarse en un número finito de reglas de transformación, de fórmulas lógico-matemáticas. Es muy importante tener en cuenta esto último, porque en el Derecho existen, sin duda, procesos (secuencias de actos jurídicos) que no pueden traducirse en algoritmos. Concretamente, todos aquellos en los que sea esencial el arbitrio de algún operador jurídico (un juez, un funcionario, etcétera). El problema que debería plantearse es el de si conviene o no —o en qué casos conviene— seguir contando con el arbitrio humano a la hora de diseñar procesos de decisión jurídicos.

Programas y algoritmos.

Hardware y software.

Se acostumbra a distinguir en el ordenador todo lo que es material, esto es, su parte física *(hardware)*, de la parte lógica o inmaterial *(software)*. No es posible describir aquí con detalle los elementos de que consta un ordenador, pero el siguiente gráfico (M. F. Wolters) puede servir para hacerse una idea clara de su estructura:



En pocas palabras, un ordenador consta, esencialmente, de una unidad central (en la que hay, a su vez, una memoria de trabajo, una unidad lógico-aritmética que a veces se denomina unidad de cálculo y una unidad de control) y de una unidad de entrada y una unidad de salida (que se denomina periferia, es decir, no perteneciente a la unidad central). A ello debe añadirse las unidades de memorización (o memoria externa) y las unidades dialogantes (los terminales).

El aspecto no físico del ordenador, el *software*, es la programación. Antes se ha dicho que la máquina sólo puede resolver un problema si éste puede traducirse en un algoritmo y si el programa, la serie de instrucciones o de pasos para resolverlo, es completo. Pero el ordenador tiene también otra «limitación»: no entiende cualquier lenguaje, sino únicamente el «lenguaje de máquina», que son series de ceros y unos. La memoria del ordenador está construida de tal manera que sus componentes sólo pueden adoptar dos estados (por ejemplo: magnetización [1] o desmagnetización [∅], paso o no paso de corriente, potencial alto o bajo, etcétera); un elemento binario (que solamente admite dos posibilidades) se denomina *bit* (*bi*nary digi*t*). Esto, en realidad, no es demasiado grave, pues sirviéndose de series de ceros y unos se pueden representar todos los números, caracteres alfabéticos y signos especiales que utilizamos en el lenguaje natural (en realidad, se suelen emplear series de ocho elementos binarios denominados *byte*, que permiten, teóricamente, representar $2^8=256$ caracteres distintos). En otras palabras, no es grave para la máquina, pero sí que sería sumamente engorroso para el programador y no digamos para el simple usuario. Afortunadamente, los ordenadores modernos disponen de compiladores que permiten traducir los programas escritos en lenguajes artificiales, pero mucho más accesibles (el Basic, el Cobol, el Fortran...) al lenguaje de máquina. Por otro lado, el simple usuario de un sistema informático —por ejemplo, de un sistema de informática jurídica— no necesita, en general, saber programar la máquina, sino que le es suficiente con conocer ciertas técnicas de interrogación sumamente simples. Al igual que sucede con el automóvil, que uno puede servirse de él ignorándolo todo sobre el motor de explosión, sucede también con el ordenador; para la mayoría de la gente, el automóvil y el ordenador son —como cabría decir acudiendo al repertorio conceptual de la cibernética— auténticas «cajas negras».

Informática jurídica y Derecho de la informática.

Definir la informática jurídica como el uso de los ordenadores relevante jurídicamente sería claro sólo en apariencia. Como el Derecho regula prácticamente todos los sectores de la vida social y los ordenadores tienden a utilizarse de una manera crecientemente expansiva, podría considerarse que cualquier uso del ordenador cae dentro de la informática jurídica, puesto que sin duda mantiene alguna conexión con el Derecho: cualquiera que sea el uso que se desee hacer de un ordenador, está claro que antes habrá que poder disponer de él, lo que supone que se ha efectuado un contrato de compra, de alquiler, de *leasing*, etcétera. Ello exige, por tanto, que distingamos, al menos, entre *informática jurídica y Derecho de la informática.* Pero, por otro lado, dentro ya de la informática jurídica, parece que el ordenador puede utilizarse —y, de hecho, se utiliza— para efectuar actividades realmente distintas: tanto para obtener una información jurídicamente relevante, como para sustituir a un órgano jurídico en su función de aplicación del Derecho o para organizar el trabajo de una oficina jurídica. Para sistematizar todo este campo de investigación se han propuesto diversas clasificaciones que en parte coinciden y en parte no. Como antes hemos visto, Losano efectúa una distinción entre informática jurídica en sentido estricto y modelística jurídica; otros autores dividen la materia en informática jurídica documental e informática jurídica decisional (Sánchez Mazas); otros oponen la informática jurídica documental a la informática jurídica de gestión (Pagano); otros (Chouraqui), en fin, utilizando un criterio clasificatorio totalmente distinto a los anteriores, prefieren hablar de informática jurídica al servicio del legislativo (parlamentaria), del poder judicial, o de la administración pública. Aquí distinguiremos (distinguir no quiere decir separar tajantemente) los cinco siguientes sectores:

Sectores de la informática jurídica.

Informática jurídica documental.

1) El primero de ellos es el de la *informática jurídica documental.* Se trata de utilizar programas de *information retrieval* en el campo de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina. Siguiendo a C. Ciampi, se pueden distinguir cuatro tipos de sistemas de documentación automática (que no se corresponden exactamente con las diversas «generaciones» de ordenadores): A) Los sistemas de tipo *batch* en los que el usuario tiene que formular la pregunta al ordenador, esperar después a que transcurra el tiempo de procesamiento y, en el caso de que la res-

puesta no sea satisfactoria, formular de nuevo la pregunta en una forma distinta. Así operaban los sistemas de J. F. Horthy y de sus sucesores en los Estados Unidos. Los principios de funcionamiento —en el sentido de técnicas de interrogación— de estos primeros sistemas *batch* (o *por lotes*: al ordenador se le formula, en cada ocasión, una serie de preguntas de diversos usuarios) siguen constituyendo hoy la base de casi todos los sistemas existentes. B) Los sistemas *on line* o interactivos (posibilitados por la aparición de los ordenadores de la tercera generación) en los que la formulación de una pregunta es el resultado de un «diálogo» entre el usuario y la máquina, de manera que las sucesivas respuestas del ordenador permiten ir precisando cada vez más la pregunta. Los primeros sistemas *on line* aparecen a comienzos de los años setenta. C) Los sistemas *on line evolucionados*, que son sistemas interactivos caracterizados por un diálogo intenso y flexible con el usuario. D) Finalmente, los sistemas *expertos* o *inteligentes*, aún en sus comienzos, y que ya no se limitan a suministrar al usuario, como los tres anteriores, los documentos que contienen las informaciones relevantes para solucionar un determinado problema jurídico, sino que proporcionan directamente soluciones a problemas jurídicos específicos. Pero con ello se pasa en cierto modo de la informática jurídica documental a lo que luego llamaremos informática jurídica decisional. El siguiente cuadro —elaborado por el propio Ciampi— es un resumen de los más importantes sistemas y proyectos de documentación jurídica automática:

ENTES PROMOTORES	SISTEMAS Y PROYECTOS
1) Universidades e Institutos de investigación	1959 (+) El proyecto de Pittsburgh (USA) 1961 (+) Los experimentos de OXFORD (GB) 1967 Responsa (IL); IRETIJ (F) 1968 STATUS (GB); DATUM (CDN); QUICI LAW ahora QL-Systems (CDN); GIPSY (USA) 1970 IDG (I) 1971 QUOBIRD (GB); NORIS (N) ....
2) Profesiones liberales	1969-73 (+) OBAR (USA) ahora LEXIS (USA, GB, F) 1969 CREDOC (B) 1969 CRIDON (F)
3) Órganos judiciales	1963 (1973) ITALGIURE (I) 1969 CEDIJ (F) 1972 JURIS (USA)
4) Administraciones públicas	1962 RIRA (USA) 1963 LITE (desde 1973 FLITE) (USA)

	1969 LAGRI (S)
	1970 CELEX (CEE)
	1971 PRODASEN (BR)
	1972 CAMERA (I); JURIS (D)
	1976 SOQUIJ (CDN)
5) Casas editoriales	1969 AUTO-CITE (USA)
	1970 KLUWER (NL)
	1972 JURIS DATA (F)
	1975 WESTLAW (USA)
	1980 Butterworth Telepublishing (GB)
6) Sociedades comerciales	1964-72 (+) Law Research Services (USA)
	1968 CONTEXT (CH)
	1969-73 (+) JURADAT (D)
	1969 DATEV (D)
	1973 LEXIS (USA) — 1980 (GB); 1981 (F)
	1980 EURDLEX (GB)

Informática jurídica decisional.

2) Un sector distinto del anterior es el de la *informática jurídica decisional.* Aquí se trata de utilizar la informática para sustituir (y no sólo para facilitar, como en el caso anterior) la actividad de los juristas al efectuar procesos de decisión como son la aplicación de normas jurídicas, la evacuación de consultas (el asesoramiento jurídico automático), la previsión de los efectos que tendría en el ordenamiento jurídico la introducción de una nueva norma, etcétera. Desde luego, este campo está menos desarrollado que el anterior, pues plantea mayores problemas, tanto de tipo técnico como de tipo político e incluso ético. En este apartado pueden incluirse, entre otras, las investigaciones del lógico y matemático español M. Sánchez Mazas quien, a partir del análisis lógico de los sistemas normativos de Alchourrón y Bulygin, ha construido un modelo matemático (aritmético) para llegar a un auténtico *cálculo* normativo. Su método consiste en asociar a cada elemento lógico un número característico, y permite dos niveles distintos (pero interrelacionados) de formalización: en el nivel de las normas analizadas en términos de casos y soluciones resulta posible aritmetizar los mecanismos de respuesta del ordenador, de manera que la máquina es capaz de señalar las consecuencias jurídicas de cualquier condición o situación fáctica (caso) propuesta por el usuario; en el nivel de las normas inanalizadas, el sistema es capaz de memorizar las relaciones de dependencia o implicación lógica entre las normas, así como de representar aritméticamente las consecuencias lógicas de cada nueva promulgación o derogación que se produzca en el ordenamiento. Ciertamente, se está aún muy lejos de construir modelos de esta naturaleza

que afecten a todo un ordenamiento jurídico o a un sector considerable del mismo, de manera que, hoy por hoy, se trabaja a partir de la delimitación de pequeños subsistemas.

Informática jurídica de gestión.

3) El tercer sector de la informática jurídica es el de la *informática jurídica de gestión.* Las diversas oficinas jurídicas (una notaría, un despacho de abogados, un registro, un juzgado) pueden considerarse, en efecto, como cualquier otra oficina en la que se efectúan determinadas tareas que pueden automatizarse y racionalizarse con ayuda del ordenador. El ordenador puede utilizarse, por ejemplo, para organizar el archivo del registro civil, para facilitar el trabajo de un juzgado, dando un orden de prioridad a los asuntos, distribuyendo los sumarios, etcétera, para la redacción automática de textos jurídicos más o menos rutinarios o para mecanizar el registro de antecedentes penales. En cierto modo, todas estas actividades implican también procesos de decisión y de aplicación de normas jurídicas, pero parece que se puede establecer una diferencia importante con respecto a las actividades a que nos referimos en el sector anterior. El nombre de informática jurídica decisional debe reservarse para los supuestos de decisiones que el ordenador toma en sustitución de un experto en Derecho, de un *jurista,* en el ejercicio característico de su función. Así, extender un certificado de antecedentes penales no requiere ninguna cualificación jurídica especial, a diferencia de lo que ocurre con la resolución de una controversia ante el juzgado. De todas formas, las fronteras no siempre están claras. Redactar un acta notarial es, en gran medida, un trabajo rutinario a cargo de un simple empleado de la notaría, pero en alguno de sus extremos exige la intervención de un profesional altamente cualificado como es el notario.

Informática jurídica teórica.

4) El cuarto sector de la informática jurídica (la parte propiamente teórica de la misma) contiene un tipo de investigación que no se centra de manera directa en la utilización del ordenador. Por un lado, se trata de estudios de naturaleza teórica que pueden preparar el camino para un futuro uso avanzado del ordenador: aplicación al Derecho de la teoría de los juegos estratégicos, de las técnicas de simulación, etcétera. Por otro lado, tenemos los trabajos que recurren a métodos y conceptos de la informática prescindiendo por completo de la utilización del ordenador; en este último caso se trata de explotar el arsenal conceptual de la informática o, quizá con más propiedad, de la cibernética. Como ejemplo podemos indicar la uti-

lización del concepto de *feedback* para explicar ciertos procesos jurídicos o incluso el conjunto del ordenamiento jurídico; el uso que hace Luhmann de las nociones de «sistema» y de «medio» para explicar su concepción del sistema jurídico y de la dogmática jurídica; la propuesta de Losano de utilizar diagramas de flujo y retículos para aclarar conceptualmente el «iter legislativo» de las normas y poner de manifiesto la existencia de posibles lagunas o de «cuellos de botella» que obstaculizan la labor legislativa; o la utilización de «tablas de decisión» para facilitar el análisis de los problemas que constituyen el objeto de estudio de la teoría y técnica de la legislación.

El Derecho de la informática.

5) Finalmente, el quinto sector —que, si se quiere, no pertenece a la informática jurídica en sentido estricto— es el del *Derecho de la informática,* que, a su vez, puede entenderse de dos maneras distintas: como una nueva rama del Derecho y como una nueva disciplina jurídica. En el primer caso nos encontramos con el conjunto de las normas jurídicas que regulan el uso de la informática; en el segundo caso, con el estudio o análisis jurídico de dichas normas, lo que quizá pudiera llamarse jurisprudencia o dogmática informática. En ambos casos se trata de realidades que tienen ya una considerable importancia práctica y que se extienden por todos los campos jurídicos tradicionales: el Derecho penal, el Derecho mercantil, el Derecho administrativo, etcétera. Es interesante señalar que aquí la labor del jurista teórico ha sido en muchos casos anterior, o simultánea, a la existencia de una reglamentación jurídica. Ello prueba, una vez más, la estrecha vinculación existente entre la dogmática jurídica y la política jurídica.

Informática jurídica, saberes jurídicos y práctica del Derecho.

La incidencia de la informática en los saberes jurídicos y en la propia práctica del Derecho es de una importancia muy superior a la de cualquier otra innovación tecnológica que se haya producido en los últimos tiempos. Como acabamos de ver, el primer cambio que introduce la informatización de la sociedad en el Derecho positivo deriva de la necesidad de regular jurídicamente tal utilización. Por ejemplo, el Derecho debe evitar que el uso de la informática vulnere derechos y libertades de los individuos, proteger adecuadamente el *software* informático, etcétera. Pero la informática plantea también la necesidad de introducir cambios *técnicos* en el Derecho positivo para lograr de esta manera, como ha escrito M. Losano (1982), «un Derecho compatible con el ordenador». En este sentido, el Antepro-

Informática jurídica y Derecho positivo.

yecto del Código civil brasileño (de 1972) contiene ya algunas normas que establecen la plena validez probatoria de las informaciones memorizadas en discos, cintas magnéticas, etcétera; y en Baviera se ha dictado ya una ley, ejemplo que está siendo seguido por muchos otros parlamentos, que establece una serie de requisitos que deben cumplirse en la labor legislativa para facilitar el tratamiento electrónico de las futuras normas, como la necesidad de establecer disposiciones unívocas que reduzcan al mínimo la discrecionalidad de los funcionarios públicos. Por otro lado, la informática permite dar un nuevo sentido a principios jurídicos fundamentales, como el de la ignorancia del Derecho, esto es, el principio de que el Derecho obliga con independencia de que sea o no conocido, que sólo con el uso del ordenador puede empezar a ser algo más que una ficción (aunque necesaria); y otro tanto cabe decir, en general, respecto a la certeza jurídica, esto es, a la posibilidad de prever los resultados jurídicos de nuestras acciones; o al principio de igualdad de las partes en el proceso: un sistema jurídico ampliamente informatizado es —o puede ser— un importante instrumento de socialización al hacer que todos, las propias partes, los profesionales del Derecho que asumen su defensa o el juez, tengan acceso por igual a la información relevante. Por lo que se refiere a las profesiones jurídicas (abogados, notarios, jueces, etcétera) está claro que en un futuro próximo (y en algunos países ya en el presente) no podrán concebirse sin un amplio uso del ordenador: las colecciones legislativas y jurisprudenciales serán sustituidas en buena medida por el ordenador, lo que permitirá, entre otras cosas, que el jurista pueda dedicarse a las tareas más creativas de su profesión, liberándose de las puramente rutinarias. Incluso la enseñanza del Derecho está llamada a conocer un cambio sustancial: el recurso al ordenador debería hacer que los aspectos memorísticos decayeran de manera considerable y que pasara a un primer plano de importancia lo que es propiamente razonamiento jurídico. Pero en este campo no hay que hacerse muchas ilusiones: basta pensar en que los métodos usuales de la enseñanza del Derecho en nuestro país suelen ignorar la existencia de inventos tan poco actuales como el de la imprenta.

Informática jurídica, profesiones jurídicas y enseñanza del Derecho.

En cuanto a la dogmática jurídica, la informática está contribuyendo a la realización de un cambio de orientación fundamental. Desde la época de la codificación, la dogmática jurídica operaba como una técnica (o un conjunto de técnicas) que se orientaba esencialmente hacia la *aplicación* del Derecho: el ju-

Informática y dogmática jurídicas.

rista teórico suministraba criterios de decisión y de interpretación tanto al juez como al aplicador del Derecho en general. El material normativo, compuesto en esencia por normas generales y abstractas, se consideraba como un dato prácticamente inmodificable. Pero para adecuarse al ritmo creciente de cambio en la sociedad actual se requiere una intervención constante del legislador, lo que lleva a desplazar el centro de gravedad hacia la *producción* del Derecho, hacia la legislación, tal como ocurrió en la época en que se preparó y llevó a cabo la codificación. De esta forma, uno de los retos que tiene que afrontar el jurista de nuestra época es el de construir una teoría y una técnica de la legislación en las que la informática, junto con la lógica y la sociología, debe jugar un papel esencial.

Informática jurídica y teoría general del Derecho.

La informática jurídica tiene también una incidencia profunda en la teoría general del Derecho. Como prueba de ello, baste considerar el hecho de que Losano presenta su *Curso de informática jurídica* como una nueva propuesta metodológica en el ámbito de la teoría general del Derecho. En su opinión, en la informática confluyen tres recientes innovaciones metodológicas de dicha teoría: el análisis del lenguaje, el estructuralismo y la lógica. Por otro lado, como ya hemos indicado a propósito del cuarto sector de la informática jurídica, el aparato conceptual surgido con la cibernética puede contribuir a aclarar nociones clave de la teoría general del Derecho: «aplicación», «decisión», «mandato», «norma» (la distinción entre estos dos últimos conceptos es paralela a la que suele establecerse entre «comando» e «instrucción») o «sistema» (la cibernética suministra una noción dinámica de sistema, como mecanismo que se autorregula, mantiene ciertos intercambios con el medio, etcétera, y que viene en cierto modo a superar la noción tradicional, estática, de sistema).

Informática jurídica y sociología jurídica.

La sociología jurídica no se queda tampoco al margen de este proceso de informatización de los saberes jurídicos. Por lo que se refiere a su parte empírica, es un hecho notorio que las investigaciones sociológicas recurren cada vez con más frecuencia al uso del ordenador como instrumento auxiliar (en general, la informática es ya imprescindible para tratar los aspectos de documentación de cualquier disciplina). Pero existe también una importante relación en la dirección opuesta, pues para llevar a cabo cualquier experiencia de informática jurídica es preciso, previa y simultáneamente, efectuar investigaciones sociológicas que permitan conocer la actitud de los usuarios y afectados por

el nuevo cambio, o cuál es el Derecho eficaz en tal sector. En definitiva, una teoría de la eficacia de las normas que no sólo se preocupe por la aplicación del Derecho, sino también por el problema de la *eficacia social* de las normas, es decir, que éstas cumplan los objetivos sociales para los que han sido dictadas, tendría que contar tanto con la sociología como con la informática, y hacia ahí parecen apuntar las nuevas teorías de la «implementación» surgidas recientemente en Estados Unidos y en Alemania Federal (Losano, 1983). En cuanto a la parte teórica de la sociología del Derecho, las conexiones entre informática —o cibernética— jurídica y sociología resultan patentes cuando se comprueba la existencia de conceptos, en cada una de las disciplinas, que pueden enriquecerse mutuamente. Por ejemplo, una afirmación básica de una buena parte de la sociología contemporánea consiste en entender el Derecho como un sistema de control social; pues bien, tanto el concepto de «sistema», que acabamos de ver, como el de «control» son también característicos de la cibernética (la unidad de control cumple en el ordenador una función, la de dirigir y supervisar el funcionamiento de la máquina, semejante a la del Derecho en el sistema social). En la URSS y los países del Este existe una dirección de pensamiento que tiende a considerar al Derecho, o más bien la ciencia jurídica, como un aspecto de una *ciencia del control social* más amplia que integra también conocimientos sociológicos, económicos y psicológicos.

Informática y lógica jurídicas.

La vinculación entre la informática y la lógica jurídica es, si cabe, aún más estrecha. Para empezar, el propio ordenador es una máquina construida según los principios de la lógica bivalente: el *bit* es un elemento binario, que sólo puede adoptar dos estados, de la misma manera que una proposición de la lógica (bivalente) sólo puede ser verdadera o falsa. El álgebra de los circuitos (también de los circuitos electrónicos) es una interpretación del álgebra booleana, como lo es la lógica proposicional o la teoría de conjuntos (Losano, 1981). Por otro lado, los sistemas lógicos (incluidos los de lógica deóntica) pueden ser computarizados, es decir, son susceptibles de convertirse en cálculos automáticos. De esta forma, la informática se convierte en un banco de pruebas fundamental para la lógica. La formalización lógica es, en general, un paso previo a la automatización del Derecho. Valga como ejemplo la lógica de los sistemas normativos de Alchourrón y Bulygin que, como hemos visto, es lo

que hace posible el «cálculo normativo» de Sánchez Mazas. Incluso para usar con provecho el ordenador son esenciales los conocimientos lógicos (al menos, unos conocimientos mínimos). En efecto, en los programas de *information retrieval*, el usuario entabla coloquio con la máquina y le formula con precisión sus preguntas utilizando los functores lógicos, esto es, los operadores booleanos AND (∧), OR (∨), NOT (—). Parafraseando a Kant, cabría decir que si se prescindiera de la lógica, la informática jurídica correría el riesgo de ser como la cabeza de la fábula de Fedro: bella, pero sin seso.

Informática y filosofía jurídicas.

En cuanto a la filosofía del Derecho, y sirva esto de anticipo a lo que se dirá en el próximo apartado, los cambios que la informática supone al nivel del Derecho y de los saberes jurídicos obliga a plantear de manera distinta tanto la teoría del Derecho como la teoría de la ciencia jurídica. Pero la mayor incidencia de la informática se ha visto, sobre todo, en relación con la teoría de la justicia. El recurso a los ordenadores para la aplicación automática del Derecho llevaría, según algunos, a la «deshumanización» del Derecho y, en consecuencia, a una «pérdida del sentido» de la justicia. Esta opinión, sin embargo, no parece estar en absoluto fundada: en primer lugar, porque hasta ahora la justicia no sólo ha sido exclusivamente humana, sino también «demasiado humana», lo que podría evitarse, al menos en parte, recurriendo a la informática. En segundo lugar, porque está muy lejos la posibilidad de que los jueces y aplicadores del Derecho en general puedan ser sustituidos con eficacia por las máquinas, y, en todo caso, el hombre siempre podrá reservarse para sí la toma de decisiones que no considere apropiado confiar al ordenador; y en tercer lugar, porque la informática permite que los problemas de la justicia se desplacen progresivamente del nivel de la justicia del acto al nivel de la justicia de la norma (de la ejecución de los programas, a la programación misma): la cuestión que seguiría abierta es la de establecer cuándo una norma es justa.

La informática jurídica en España.

La situación de la informática jurídica en España es todavía bastante precaria. Hacia 1968 surgieron las primeras iniciativas en este campo, de las que no puede decirse que las haya acompañado el éxito. Ahora estamos asistiendo a un nuevo lanzamiento que es de esperar empiece a dar sus frutos en un plazo breve. Sin embargo, todavía hay mucho camino que recorrer

hasta conseguir un desarrollo en este campo equivalente al de otros países europeos, como Italia. Aparte de razones políticas, organizativas, de atraso tecnológico, etcétera, las dificultades con que ha tropezado la informática jurídica en nuestro país tienen mucho que ver con la situación de los estudios jurídicos y la inexistencia en los planes de estudio de nuestras facultades de disciplinas fundamentales como la sociología jurídica, la teoría general del Derecho y la lógica jurídica. Es curioso, por otro lado, constatar que, al igual que ha ocurrido en otros países, la informática jurídica ha empezado a introducirse en España a través de la filosofía del Derecho, que viene a cumplir de esta forma una función de gran importancia: la de servir de intermediario entre el saber jurídico y el resto de los saberes sociales. El objetivo básico de la hipotética implantación de una asignatura de informática jurídica debería ser el de dotar a los juristas de una cultura informática que les permita colaborar con los informáticos (no sustituirlos) e integrarse en amplios equipos de especialistas en materias distintas, pero que tengan un mínimo común cultural. La informática puede muy bien ser un lugar de encuentro entre la cultura «humanística» y la cultura «científica», y en este encuentro, los juristas no tienen por qué ser los más desfavorecidos.

Otro factor negativo ha sido, o sigue siendo, la actitud de muchos juristas hacia la informática. De la oposición frontal se ha pasado, en general, a la «resistencia pasiva» que se ampara en la idea de que el progreso social no significa necesariamente progreso jurídico. En realidad, como todo adelanto tecnológico de importancia, la informática presenta un aspecto bifronte, ambivalente: por un lado, es una terrible amenaza a la libertad del individuo, al aumentar extraordinariamente los medios de control (el único aspecto que contempla nuestra Constitución en su artículo 18, apartado 4); pero, por otro lado, puede ser un formidable medio de liberación humana —de racionalización del Derecho— en cuanto que el ordenador amplía y prolonga inmensamente la capacidad intelectual del hombre. De ahí que la solución no pueda consistir ni en cerrar los ojos a la realidad, pensando que de esta forma se detiene el progreso científico y tecnológico, ni tampoco, desde luego, en entregarse ingenuamente a la máquina. La única actitud racional posible para que la máquina no domine al hombre consiste en conocer mejor a la máquina, sus posibilidades y sus limitaciones.

5.5. La filosofía del Derecho

En sus *Principios de Filosofía del Derecho*, Hegel utilizó, para referirse a la filosofía, una metáfora que luego se ha repetido innumerables veces: la filosofía, como el búho de Minerva, alza su vuelo en el ocaso; o, dicho en lenguaje menos poético, la filosofía llega siempre tarde. Fiel, pues, a esta tradición, la filosofía del Derecho llega también en este libro al final, lo que para muchos lectores significará también demasiado tarde. Naturalmente, Hegel no pretendía con ello afirmar que la filosofía fuera una actividad inútil, sino ilustrar una cierta manera de entender la filosofía. Y la ubicación de este apartado al final del libro se debe a la consideración de la filosofía del Derecho como un saber de segundo grado, es decir, como reflexión metajurídica sobre las prácticas jurídicas y los distintos saberes científicos y técnicos que tienen como objeto al Derecho. La filosofía presupone la ciencia, y la filosofía del Derecho los otros saberes jurídicos, pero ello no quiere decir que se pueda establecer siempre una distinción nítida entre estos distintos niveles de conocimiento. De hecho, en las páginas anteriores se han ido deslizando análisis que cabría calificar como filosóficos, al lado de otros que caerían en el campo de la sociología del Derecho, la teoría general del Derecho o la lógica jurídica. Pero tratemos de decir algo más concreto sobre qué cabe entender por filosofía del Derecho y cuáles serían sus principales funciones.

Tres aproximaciones a la filosofía del Derecho.

Existen tres maneras distintas de abordar esta cuestión. La primera consiste en entender la filosofía del Derecho como una filosofía aplicada. En nuestro siglo, por ejemplo, ha existido una filosofía del Derecho neokantiana, neohegeliana, fenomenológica, existencial, neotomista, marxista... Prescindiendo de las notables diferencias que existen entre estas diversas concepciones, un punto que todas ellas tienen en común es el de concebir la filosofía del Derecho como una actividad teorética (o teorético-práctica) cultivada por filósofos que parten de una concepción general del mundo y con un instrumental metodológico que tratan de aplicar en un campo particular. Una segunda aproximación consiste en concebir la filosofía del Derecho como un tipo de reflexión llevada a cabo esencialmente por juristas con intereses filosóficos que no tratan tanto de construir un sistema (las preocupaciones sistemáticas, totalizadoras, son pro-

pias, por el contrario, de los filósofos-juristas), como de analizar una serie de problemas típicos. Esta aproximación es la que caracteriza, en términos generales, a la filosofía del Derecho analítica, en la medida en que «filosofía analítica», como vimos en su momento, no denota tanto un sistema filosófico, como una serie de actitudes y de presupuestos metodológicos comunes (uno de los cuales consiste en negar a la filosofía un carácter sustantivo). Por ejemplo, Bobbio, a quien se debe esta distinción entre filosofía del Derecho de los filósofos y filosofía del Derecho de los juristas, muestra claramente sus preferencias por esta segunda concepción y considera que el campo de análisis del filósofo del Derecho viene delimitado por aquellas cuestiones que «no son abordadas de modo expreso o que los juristas dan por supuestas en su trabajo cotidiano de intérpretes del Derecho positivo». Pero, en cualquier caso, estas dos aproximaciones tienen en común el hecho de que proporcionan una justificación, aunque distinta, a la filosofía del Derecho. Y esto es lo que se niega desde una tercera aproximación que concibe la filosofía (y la filosofía del Derecho) como un saber residual (Lévi-Strauss, Piaget), destinado a desaparecer a medida que el conocimiento científico vaya ganando terreno a la especulación filosófica. Desde esta perspectiva, la actividad filosófica sería propiamente pre-científica, más bien que meta-científica. Esta forma de entender la filosofía del Derecho caracteriza a un cierto tipo de positivismo jurídico (recuérdese la reducción de la filosofía del Derecho a teoría general del Derecho en diversos autores del siglo XIX) y es, de alguna manera, la concepción que suele acompañar a los juristas prácticos y a los «científicos» del Derecho: para ellos, la filosofía del Derecho se resuelve en especulaciones mejor o peor construidas, pero que no contribuyen en absoluto a la resolución de lo que ellos consideran como genuinos problemas jurídicos.

Cada una de estas tres concepciones, por separado, presenta inconvenientes bastante notorios. La primera conduce, como hace notar Bobbio, a una filosofía del Derecho abusivamente abstracta, construida «desde arriba», sin ninguna base en la experiencia jurídica y preocupada por problemas —muchas veces exigidos por las «necesidades del sistema»— que no son los que preocupan a los juristas, los cuales ven a los filósofos, en el mejor de los casos, como a los miembros de un tribunal «superior», pero cuyas decisiones no son vinculantes ni tampoco tenidas en cuenta por los tribunales inferiores. La segunda plan-

tea el inconveniente contrario: para poder delimitar una serie de problemas como iusfilosóficos habrá que partir de una cierta concepción de la filosofía del Derecho, de su vinculación a la filosofía general y de una serie de criterios que permitan separar la buena de la mala filosofía; es difícil que ello lo logre una filosofía del Derecho construida exclusivamente «desde abajo». Y en cuanto a la tercera concepción, podría objetársele que la filosofía (y la filosofía del Derecho) se sitúa en un nivel de reflexión que no es ni el de la ciencia ni el de la ideología. Por el contrario, el reduccionismo cientificista (o tecnocrático) sí que puede considerarse como una *ideología* que choca con «evidencias» como las siguientes: el desarrollo de la ciencia y de la técnica casi nunca «cierra» los auténticos problemas filosóficos, sino que, sencillamente, lleva a plantearlos en forma distinta (un ejemplo de ello es el de la informática en relación con el problema de la justicia); en los últimos años no solamente no se ha producido la «muerte de la filosofía» preconizada hacia finales de los años sesenta por diversas tendencias de pensamiento, sino que hemos asistido a un verdadero auge de los estudios filosóficos y quizá, sobre todo, de los que estaban más cuestionados (la metafísica —u ontología— y la ética).

Sin embargo, desde cada una de estas tres aproximaciones se plantea un aspecto importante de la filosofía del Derecho que es preciso afrontar. En efecto, cambiando ahora el orden de exposición, la filosofía del Derecho debe ser capaz de: delimitar un campo de problemas característicos; proporcionarles a éstos una cierta unidad; y mostrar que cumple una función relevante. Veamos cómo puede conseguirse cada uno de estos objetivos.

Cuestiones iusfilosóficas.

A diferencia de lo que ocurre con las disciplinas científicas, en especial si se trata de una ciencia «madura», en la filosofía —y en la filosofía del Derecho— existe una considerable disparidad de temáticas, de criterios metodológicos y de orientaciones doctrinales. Sin embargo, ello no impide tampoco que exista un amplio consenso en considerar que la filosofía del Derecho tiene como temas de estudio fundamentales el concepto de Derecho, el problema de su conocimiento y la cuestión de la justicia. En consecuencia, los tres sectores (más que *partes* en sentido estricto, pues estos tres grupos de cuestiones no pueden separarse tajantemente entre sí) característicos de la filosofía del Derecho son la teoría del Derecho, la teoría de la ciencia jurídica y la teoría de la justicia; a ellos cabe añadir

Teoría de la justicia.

todavía un cuarto sector: la historia de la filosofía del Derecho, esto es, el estudio de los anteriores problemas desde una perspectiva histórica. De la problemática de la justicia nos hemos ocupado en el capítulo tercero. Aquí conviene recordar, en todo caso, que los aspectos filosóficos de la justicia se encuentran en el nivel de lo que habíamos llamado teoría prescriptiva de la justicia y metateoría de la justicia; las cuestiones de teoría descriptiva de la justicia, por el contrario, conciernen a la sociología, la psicología o la antropología jurídica. La política jurídica puede entenderse como una disciplina técnica, estrechamente vinculada, como hemos visto, a la dogmática jurídica, que trata de hacer operativas las teorías de la justicia, o alguna de estas teorías, en el nivel de la producción, interpretación y aplicación del Derecho. A la teoría de la ciencia jurídica —es decir, reflexión sobre el concepto de ciencia o ciencias jurídicas, propuestas de modelos alternativos, situación de las ciencias jurídicas en el conjunto del saber, etcétera— hemos dedicado gran parte del capítulo cuarto, aunque también cabría bajo este rótulo algo de lo expuesto en el presente. Y el capítulo primero de este libro podría considerarse como un *mixtum* de teoría (filosófica) del Derecho y teoría general del Derecho. Ahora bien, mientras que la teoría de la justicia y la teoría de la ciencia jurídica son sectores más o menos indiscutidos de la filosofía del Derecho, no ocurre lo mismo con la teoría del Derecho. Por lo tanto, conviene detenerse un momento a fin de precisar lo que cabe entender por teoría u ontología del Derecho y distinguir este tipo de reflexión de la metafísica jurídica tradicional y de la teoría general del Derecho.

Teoría de la ciencia jurídica.

Teoría del Derecho.

Teoría —ontología— del Derecho y metafísica jurídica.

A la teoría del Derecho, en efecto, se la podría denominar también «ontología jurídica», pero esta última expresión tiene todavía para muchos filósofos del Derecho resonancias metafísicas que se desea evitar. Sin embargo, la distinción entre ontología jurídica y metafísica del Derecho, términos usados muchas veces como sinónimos, podría justificarse incluso históricamente. Así, Aristóteles llamó filosofía primera a una disciplina que luego se llamó metafísica y que comprendía, en realidad, dos sectores diferenciables: el estudio del ser en toda su generalidad, con independencia del ser de que se trate, la metafísica general; y el estudio del ser o del ente por antonomasia, es decir, el estudio del ente principal (Dios) del que dependen los otros, la metafísica especial. Pues bien, desde comienzos del siglo XVII se empezó a utilizar el término «ontología»

para designar la metafísica general, y de ahí la posibilidad de distinguir la ontología en cuanto estudio de las formalidades o de los géneros supremos de las cosas, y la metafísica en cuanto estudio acerca de un ser último, trascendente e irreductible, esto es, como investigación referida a lo que está más allá de la experiencia. En conclusión, por ontología cabría entender hoy «toda investigación —compuesta primariamente de análisis conceptual, crítica y propuestas o elaboración de marcos conceptuales— relativa a los modos más generales de entender el mundo, esto es, las realidades de este mundo (Ferrater Mora)». Y la ontología jurídica sería la investigación relativa no al ser último y constitutivo del Derecho, sino a los modos más generales de entender el Derecho, esto es, a los *límites* de lo jurídico.

Teoría —ontología— del Derecho y teoría general del Derecho.

Pero con ello se plantea el problema de cómo distinguir la ontología —o teoría— del Derecho de la teoría general del Derecho, disciplina esta última a la que ya nos hemos referido con anterioridad en diversas ocasiones. Tal distinción podría trazarse como sigue. La teoría general del Derecho es una disciplina que estudia los conceptos generales —o si se quiere, formales— del Derecho, y en este sentido se contrapone a las dogmáticas jurídicas que elaboran conceptos de un menor nivel de abstracción; pero se refiere siempre a *cuestiones internas*, en el sentido de que no «cuestionan» el marco dentro del cual operan. Por el contrario, la ontología o teoría del Derecho se ocuparía de *cuestiones externas*, es decir, de cuestiones que afectan y «cuestionan» el propio marco. Cuestiones característicamente ontológicas serían, por ejemplo, el análisis de las relaciones entre el Derecho y la moral, el poder, la ideología, las relaciones sociales, las normas o el conflicto. Mientras que el análisis del concepto y de los tipos de normas jurídicas y de otras nociones jurídicas básicas como la de sanción, acto ilícito, jurisdicción, interpretación, etcétera (en la medida en que presuponen una determinada manera de entender las relaciones del Derecho con las normas, la moral, el poder, etcétera) correspondería a la teoría general del Derecho. Esta última trabaja, necesariamente, dentro de unos límites de naturaleza ontológica (como ha escrito M. Bunge, «el desprecio de la ontología es una protección para cualquier metafísica casera»), pero, por otro lado, los análisis ontológicos no arrancan del vacío, sino precisamente de los conocimientos proporcionados por la teoría general del Derecho, la sociología jurídica, la lógica jurídica, la Historia del Derecho, etcétera, con los que elabora nuevos marcos conceptuales y a

los que somete a revisión crítica. En definitiva, se trata de una manera de plasmarse la distinción entre ciencia y filosofía.

Unidad de la filosofía del Derecho.

Lo que proporciona una cierta unidad a todo este cúmulo de cuestiones iusfilosóficas, pertenecientes a cualquiera de los tres o cuatro sectores distinguidos, es que todas ellas presuponen la adopción de una cierta perspectiva que difiere de la perspectiva científica, sin caer por ello en la irracionalidad o en la ideología. Veamos, con un ejemplo famoso, en qué consiste la peculiaridad de los problemas filosóficos frente a los científicos. En el siglo v aC, el filósofo griego Zenón defendió que el movimiento era imposible y para ello se sirvió de diversos argumentos, uno de los cuales fue la conocida aporía de que Aquiles no podría nunca alcanzar a una tortuga que estuviera situada a una cierta distancia suya y corriera —es un decir— en el mismo sentido, a pesar de que el héroe griego era mucho más veloz que este filosófico animal: cuando Aquiles llegara al lugar donde inicialmente estaba la tortuga, ésta ya habría recorrido una cierta distancia; cuando aquél alcanzara el nuevo punto, la tortuga habría avanzado a una nueva posición, etcétera. La distancia disminuirá siempre, pero no puede desaparecer, pues Aquiles siempre tardará algún tiempo en recorrer la distancia que le separa de la tortuga, tiempo que aprovechará esta última para haber variado su posición. El problema de Zenón es un problema filosófico y que no puede ser solucionado científicamente como si se tratase, por ejemplo, de un simple problema matemático: «Lo que la matemática puede hacer es decirnos, si tenemos los datos necesarios, cuándo y dónde Aquiles alcanzará a la tortuga; pero esto no es lo mismo que mostrar dónde está el error en el argumento de Zenón. Los argumentos de Zenón son de naturaleza conceptual y, por tanto, hay que confrontarlos con un análisis conceptual. No existe aún refutación universalmente aceptada de ellos» (J. Hartnack). En otras palabras (Bueno), los análisis científicos presuponen ya dados ciertas categorías o marcos conceptuales, mientras que el análisis filosófico se caracteriza porque pone en tela de juicio la propia categoría. Ejemplos semejantes pueden encontrarse en el campo del Derecho. Investigar empíricamente la intensidad del sentimiento de justicia en diversos estratos de población de edades distintas es algo que corresponde hacer a la sociología del Derecho (o a la psico-sociología jurídica), pues presupone ya dado un concepto de justicia; pero el análisis de la propia idea de justicia es una cuestión filosófica que no puede prescindir de

los análisis sociológicos o de otro tipo, pero que está en otro nivel. La distinción entre normas primarias y secundarias pertenece a la teoría general del Derecho, pero aceptar o no una concepción normativista del Derecho es una cuestión filosófica presupuesta por la teoría general del Derecho que elabora la anterior distinción. Analizar las relaciones lógicas entre las normas permisivas, prohibitivas u obligatorias es un problema de la lógica deóntica, pero considerar las normas como enunciados susceptibles de ser o no calificados como verdaderos o falsos es un problema filosófico. En definitiva, la perspectiva filosófica es una perspectiva *totalizadora*, en el sentido de que su objeto no es una parte o aspecto del mundo (como ocurre en la ciencia), ni tampoco el mundo como una totalidad (es absurdo suponer que el objeto de la filosofía es un todo compuesto por diversas partes, de cada una de las cuales se ocupa una disciplina científica concreta: ¿qué le quedaría, entonces, a ese *todo*?), sino una serie de ideas (por ejemplo, las ideas de tiempo, libertad, historia, enajenación, ciencia, materia, movimiento, justicia, verdad...) que atraviesan diversos campos científicos sin que se puedan reducir a categorías científicas. La filosofía podría definirse como «totalización racional y crítica» (Bueno), y la filosofía del Derecho como «totalización racional y crítica del fenómeno jurídico».

Función de la filosofía del Derecho.

Como consecuencia de lo anterior, la filosofía del Derecho podría entenderse ahora como una filosofía que no está construida desde arriba ni desde abajo, sino «desde el medio»: la función esencial de los filósofos del Derecho tendría que ser la de actuar como «intermediarios» entre los saberes y prácticas jurídicas, por un lado, y el resto de las prácticas y saberes sociales —incluida la filosofía—, por el otro. La función de la filosofía del Derecho en el conjunto de la cultura jurídica es semejante a la que desarrolla el Derecho en el conjunto de la sociedad. Del Derecho se dice que es un sistema de control social porque supervisa y, en alguna medida, dirige el funcionamiento de las instituciones sociales; lo jurídico no es atributo exclusivo de ciertos sectores o instituciones sociales, sino que —empleando de nuevo la metáfora de C. Nino— es algo que, como el aire en el mundo físico, está por todas partes. La filosofía del Derecho no tiene tampoco un terreno acotado en exclusividad en el conjunto de los saberes jurídicos y sociales, sino que su campo es más bien el de las relaciones entre estos diversos sectores de la cultura; su lugar está, precisamente, en las

fricciones y en los vacíos que se producen en el funcionamiento de los mismos. Por eso, la filosofía del Derecho puede tener la pretensión de ser un saber *totalizador*, en la medida en que su punto de partida y de llegada sean esos otros saberes y prácticas, es decir, en la medida en que no se resuelva en especulación cerrada en sí misma; *racional*, siempre y cuando no pretenda configurarse como un conocimiento de un tipo *superior* al de los otros saberes, dirigido a desentrañar la «esencia verdadera», las «causas últimas» del Derecho; *crítico*, pero desde una perspectiva que no coincida con la de quienes se sitúan en el interior de cada una de esas parcelas, pues el filósofo del Derecho puede y debe cuestionar los marcos establecidos, lo cual, como hemos visto, le está vedado al que opera exclusivamente desde el interior de una determinada ciencia o técnica (que, naturalmente, no renuncia a la crítica, sino que la ejerce de una manera distinta); y, en fin, *práctico* y *útil* —aunque su practicidad tenga que ser menos inmediata que la de la ciencia o la técnica— en la medida en que logre dirigir o, por lo menos, facilitar los intercambios entre los saberes y prácticas ya indicados.

Es posible pensar que la filosofía del Derecho española de estos últimos años se ha alejado con cierta frecuencia de este modelo, que ha practicado un discurso abstracto y cerrado en sí mismo y que incluso en ocasiones no ha pasado de ser ideología justificadora del Derecho existente. Pero tampoco conviene olvidar la función que ha desempeñado en la renovación del pensamiento jurídico, introduciendo nuevas disciplinas y nuevos métodos que, de otra forma, estarían en nuestro país aún más postergados de lo que lo están. Y, en todo caso, no parece concebible que pueda existir una cultura jurídica desarrollada sin una genuina filosofía del Derecho.

Bibliografía

AGUILÓ, J.: *Bases para un plan de informática jurídica para Baleares* (tesis de licenciatura). Mallorca, Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, 1983 (en prensa).

ALCHOURRÓN, C., y E. BULYGIN: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, ob. cit.*

ARNAUD, A. J.: *La regla del juego en la paz burguesa. Ensayo de análisis estructural del Código civil francés* (trad. B. Bernard, presentación de J. M. Delgado Ocando). Venezuela, Universidad de Zulia, 1978.

— *Critique de la raison juridique. 1. Où va la sociologie du droit, ob. cit.*

BOBBIO, N.: «Derecho y lógica», en N. Bobbio y A. G. Conte: *Derecho y lógica. Bibliografía de lógica jurídica (1936-1960).* Centro de Estudios filosóficos, Universidad Autónoma de México, 1965.

— «Naturaleza y función de la filosofía del Derecho», en *Contribución a la teoría del Derecho, ob. cit.*

BUENO, G.: *El papel de la filosofía en el conjunto del saber.* Madrid, Ciencia Nueva, 1970.

BUNGE, M.: *Epistemología, ob. cit.*

CAIRNS, H.: *Law and the Social Sciences.* Nueva York, A. M. Kelley, 1969.

CAPELLA, J. R.: *El Derecho como lenguaje.* Barcelona, Ariel, 1968.

CARBONNIER, J.: *Sociología jurídica* (trad. L. Díez-Picazo). Madrid, Tecnos, 1977.

CIAMPI, C.: «La documentazione automatica nel campo del diritto: confronto tra i principali sistemi operativi», en *Informatica e Diritto*, 2, 1983.

CHOURAQUI, A.: *L'informatique au service du droit.* París, PUF, 1974.

DAVID, R.: *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos* (trad. de P. Bravo Gala). Madrid, Aguilar, 1968.

DEAÑO, A.: *Introducción a la lógica formal.* Madrid, Alianza Universidad, 1974.

DÍAZ, E.: *Sociología y filosofía del Derecho, ob. cit.*

ECHAVE, D. T., M. E. URQUIJO y R. A. GUIBOURG: *Lógica, proposición y norma* (prólogo de E. Bulygin). Buenos Aires, Astrea, 1980.

EHRENZWEIG, A. A.: «*Giurisprudenza*» *psicoanalitica. Da Platone a Freud e oltre* (trad. S. Cherin y R. Rebecca). Milán, La Salamandra, 1982.

FEBBRAJO, A.: «Introduzione» a la ed. italiana de N. Luhmann: *Sistema giuridico e dogmatica giuridica.* Bolonia, Il Mulino, 1978.

FERRATER MORA, J.: voz «ontología», en *Diccionario de filosofía, ob. cit.*

FROSINI, V.: *Cibernética, Derecho y sociedad* (trad. C. A. Sal-

guero-Talavera y R. L. Soriano, prólogo de A. E. Pérez Luño). Madrid, Tecnos, 1982.

García Camarero, E.: «Representación del conocimiento por medios informáticos: bases de datos y redes semánticas», en *Informatica e Diritto*, 2, 1983.

Gardies, J. L.: *Le rôle des prédicats complétifs en logique déontique, ob. cit.*

Garrido, M.: *Lógica simbólica*. Madrid, Tecnos, 1974. (La exposición de la lógica proposicional sigue, en esencia, esta obra.)

Gavazzi, G.: *Elementi di Teoria del Diritto*. Turín, Giappechelli, 1984².

Gil Cremades, J. J.: «Un futuro posible para la filosofía del Derecho», en *La filosofía del Derecho en España*, núm. 15 de *Anales de la cátedra F. Suárez*. Granada, 1975.

Hartnack, J.: *Breve Historia de la Filosofía* (trad. J. A. Lorente). Madrid, Cátedra, 1981.

Hernández Gil, A., y otros: *Estructuralismo y Derecho*. Madrid, Alianza Universidad, 1973.

Kalinowski, G.: *Introducción a la lógica jurídica* (trad. J. A. Casaubon, revisión J. L. Vermal). Buenos Aires, Eudeba, 1973.

— *Lógica del discurso normativo* (trad. J. R. Capella). Madrid, Tecnos, 1975.

Klug, U.: *Lógica jurídica* (trad. D. García Bacca). Caracas, Sucre, 1961. (Próximamente aparecerá la traducción castellana de J. C. Gardella de la 4.ª edición de esta obra.)

López-Muñiz Goñi, M.: *Informática jurídica documental*. Madrid, 1984.

Losano, M. G.: *Giuscibernetica. Macchine e modelli cibernetici nel diritto*. Turín, Einaudi, 1969.

— *Corso di informatica giuridica*. Milán, Unicopli, 1981². De esta edición aparecerá en breve una traducción castellana a cargo de J. Aguiló, M. Atienza y J. Ruiz Manero, en Tecnos.

— *Introducción a la informática jurídica* (trad. y presentación M. Atienza). Palma de Mallorca, Facultad de Derecho, Universidad de Palma de Mallorca, 1982.

— *Los grandes sistemas jurídicos, ob. cit.*

— «Le tecniche per il controllo della realizzazione dei programmi politici», en *Informatica e Diritto*, 2, 1983. El apartado sobre informática jurídica sigue, esencialmente, estos trabajos de Losano.

Lévy-Bruhl, H.: *Sociología del Derecho*. Buenos Aires, Eudeba, 1964.

LUHMANN, N.: *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (trad. I. de Otto). Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
LUMIA, G.: *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto, ob. cit.*
MAIR, L.: *Introducción a la antropología social, ob. cit.*
MARSAL, J. F.: «La encrucijada actual de la sociología», en *Nuestra sociedad. Introducción a la sociología* (dirigida por J. F. Marsal y B. Oltra). Barcelona, Vicens-Vives, 1980.
MARX, K.: *Miseria de la filosofía* (1847) (prólogo de D. Abad de Santillana). Madrid, Júcar, 1974.
MITCHELL POLINSKY, A.: *Introducción al análisis del Derecho* (trad. de J. M. Álvarez Flórez). Barcelona, Ariel, 1985.
MUÑOZ SABATÉ, L., R. BAYÉS y F. MUNNÉ (prefacio de H. Carpintero): *Introducción a la psicología jurídica.* México, Trillas, 1980.
PAGANO, R.: «Note per un sistema di informatica giuridica», en *Informatica e Diritto,* 2-3, 1980.
PATTARO, E.: «Per una mappa del sapere giuridico», en *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali,* ed. de U. Scarpelli, *ob. cit.*
PAZ ARES, C.: «La economía política como Jurisprudencia racional (Aproximación a la teoría económica del Derecho)», en *Anuario de Derecho civil.* Madrid, 1981.
PEÑA, L.: *Rudimentos de lógica matemática,* Departamento de lógica, Universidad de León, 1984.
PEÑA, V.: voz «ontología», en *Diccionario de filosofía contemporánea.* Salamanca, Sígueme, 1976.
PERELMAN, CH., y L. OLBRECHTS TYTECA: *La nouvelle rhétorique. Traité de l'argumentation.* Université libre de Bruxelles, 1970.
— *La lógica jurídica y la nueva retórica* (trad. L. J. Díez-Picazo), Madrid, Civitas, 1979.
PÉREZ LUÑO, A. E.: *Cibernética, Informática y Derecho (Un análisis metodológico).* Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1976.
POSNER, R. A.: *Economic Analysis of Law.* Boston-Toronto, Little, Brown and Co., 2.ª ed., 1977.
QUINTANILLA, M. A.: *Fundamentos de lógica y teoría de la ciencia.* Universidad de Salamanca, 1981.
RODRÍGUEZ MARÍN, J.: *Lógica deóntica. Concepto y sistemas.* Universidad de Valencia, 1978.
ROSS, A.: *Lógica de las normas.* Madrid, Tecnos, 1971.
SACRISTÁN, M.: *Introducción a la lógica y al análisis formal.* Barcelona, Ariel, 1964.

— *Sobre el lugar de la filosofía en los estudios superiores.* Barcelona, Nova Terra, 1968.

SALVADOR, P.: «Dogmática jurídica y teoría de la legislación», en *Cuadernos de la Facultad de Derecho,* núm. 3. Palma de Mallorca, 1982.

SÁNCHEZ GARCÍA, D.: «Evaluación automática de fórmulas del sistema K1», en *Informatica e Diritto,* 2, 1983.

SÁNCHEZ-MAZAS, M.: *Cálculo de las normas.* Barcelona, Ariel, 1973.

— «De la jurimetría a la informática jurídica actual», en *Sistema,* núm. 6. Madrid, 1974.

— «Modelli aritmetici per l'informatica giuridica», en *Informatica e Diritto,* 1978.

— «Lógica, sistemas normativos y modelos aritméticos», en *Informatica e Diritto,* 2, 1983.

SCARPELLI, U.: «La teoria generale del diritto: prospettive per un trattato», en *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali (Studi dedicati a Norberto Bobbio)* (ed. de U. Scarpelli). Milán, Comunità, 1983.

STONE, J.: *El Derecho y las ciencias sociales* (trad. R. Jasso). México, F.C.E., 1973.

TOHARIA, J. J.: «El Derecho», en *Nuestra sociedad. Introducción a la sociología* (dirigida por J. F. Marsal y B. Oltra), *ob. cit.*

TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Manual de Historia del Derecho español.* Madrid, Tecnos, 1981[3].

TREVES, R.: *Introducción a la sociología del Derecho, ob. cit.*

— Voz «sociologia del diritto», *ob. cit.* El apartado 2 de este capítulo está directamente inspirado en la concepción de la sociología del Derecho de Treves.

VARIOS AUTORES: «Problemas abiertos en la filosofía del Derecho», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho,* núm. 1. Universidad de Alicante, 1984.

VERNENGO, R.: *Curso de teoría general del Derecho.* Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y ciencias sociales, 2.ª ed. aumentada y corregida, 1976.

VIEHWEG, TH.: *Tópica y Jurisprudencia* (trad. castellana de L. Díez-Picazo, prólogo de E. García de Enterría). Madrid, Taurus, 1972[2].

WIENER, N.: *Cibernética o el control y comunicación en animales y máquinas* (trad. de F. Martín). Barcelona, Tusquets, 1985.

WOLTERS, M. F., H. STEINBERG y W. TANGE: *Guida al calcolatore elettronico* (2 vols.), Milán, Etas libri, 1973.

WRIGHT, G. H. VON: *Norma y acción. Una investigación lógica, ob. cit.*

— *Lógica deóntica* (1951) (trad. J. Rodríguez Marín). Valencia, Cuadernos Teorema, 1979.

Manuel Atienza nació en Trubia (Asturias) en 1951. Se doctoró en Derecho en la Universidad de Oviedo, en 1976, con una tesis sobre la filosofía del Derecho argentina de la postguerra. Ha sido profesor de Filosofía del Derecho en las Universidades de Oviedo, Valencia, Madrid (Autónoma), Alcalá de Henares y Palma de Mallorca, y actualmente lo es en la de Alicante, donde dirige el departamento de Filosofía del Derecho. Es autor de dos libros: *Marx y los derechos humanos* (Madrid, 1983) y *La filosofía del Derecho argentina actual* (Buenos Aires, 1984), así como de diversas traducciones y artículos sobre varios temas de su disciplina. Es coeditor de la revista *DOXA. Cuadernos de filosofía del Derecho,* cuyo primer número apareció en Alicante en 1984.